Bayrisches Civilrecht.

Von

Paul von Roth.

Zweiter Theil.

Zweite gänzlich umgearbeitete Auflage

besorgt von

Heinrich Becher.

Zweite Abtheilung.

Tübingen 1898.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhalt.

Buch 4.

Die dinglichen Rechte.

§ 167.

A. Allgemeines.

Die gemeinrechtliche Doktrin stellt neben das Eigenthum nur die dinglichen Rechte an fremden Sachen, ohne für die letzteren eine weitere Unterscheidung je nach der Ausdehnung und dem Inhalt der Berechtigung zu machen, obwohl schon nach römischem Recht die Unterscheidung der dinglichen Rechte begründet ist, je nachdem sie Anspruch nur auf Nutzung (Dienstbarkeiten, Emphyteusis, Superficies) oder auf die Substanz der Sache gewähren (Pfandrecht) [1]. Für das jetzt geltende Recht ist es unumgänglich nothwendig, nach dem Vorgang des Preußischen Landrechts [2] diese Unterscheidung zu treffen, weil das Deutsche Recht nicht nur das Pfandrecht ganz zweifellos als Substanzrecht ausgebildet [3], sondern

---

[1] Windscheid § 145. Die Unterscheidung ist angedeutet von Arndts § 126 Note 2; Wächter, Pandekten § 148, 3 und im Kerne wohl auch von Dernburg II. § 192 II. b gemacht. Der Grund, aus welchem die gemeinrechtliche Doktrin diese Unterscheidung in System nicht allgemein zum Ausdruck bringt, ist wahrscheinlich darin zu suchen, daß das Pfandrecht von der romanistischen Jurisprudenz nicht durchgängig als Substanzrecht aufgefaßt wird vgl. Arndts § 126 Note 2; Brinz, Pandekten (2) § 185, 7. Arndts, Wächter und Brinz stellen nämlich das Pfandrecht in das Obligationenrecht, Vangerow, Windscheid, Sintenis, Holzschuher, Seuffert und Dernburg dagegen in das Sachenrecht. Unsere Landesrechte stellen es alle in das Sachenrecht.

[2] Dieses hat zuerst die Unterscheidung zwischen dinglichen Substanzrechten (Pr. L.R. I. 20) und Nutzrechten (Pr. L.R. I. 21) aufgestellt.

[3] Das deutsche Hypothekenrecht, das jetzt in den Rechtsgebieten des deut=

auch die Substanzrechte ihrem Umfang nach ausgedehnt hat. Das Deutsche Recht hat nämlich in dem Näherrecht und dinglichen Vorkaufsrecht ein dingliches Recht auf Erwerbung einer Sache und in der Anwartschaft ein dingliches Recht auf künftigen Anfall einer Sache ausgebildet, was an sich schon die allgemeine Durchführung dieser Unterscheidung nothwendig macht. Die nachfolgende Darstellung wird daher für die dinglichen Rechte die Hauptunterscheidung in dingliche Gebrauchs- und Nutzrechte und in dingliche Substanzrechte aufstellen. Zu den dinglichen Gebrauchs- und Nutzrechten sind zu zählen die Dienstbarkeiten, die Reallasten und das Platzrecht. Zu den dinglichen Substanzrechten gehört das Pfandrecht und das dingliche Vorkaufsrecht und Näherrecht. Zweifelhaft könnte es scheinen, welche Stellung den Lehen, Familienfideicommissen und bäuerlichen Erbgütern im System zu geben sei. Die Lehen in ihrer ursprünglichen Gestalt gehören zu den dinglichen Gebrauchs- und Nutzrechten analog der römischen Emphyteusis. Indessen ist in der neueren Rechtsentwicklung eine Veränderung insoferne eingetreten, als auch da, wo sie noch unverändert bestehen, das Recht des Obereigenthümers in der Hauptsache sich auf das eventuelle Rückfallsrecht beschränkt, diesen also in gleiche Stellung mit den Agnaten versetzt. Für die Familienfideicommisse findet sich in Theorie und Gesetzgebung eine doppelte Auffassung, indem die einen Eigenthum des Inhabers mit Beschränkung durch das Recht der Anwärter, die anderen eine Theilung des Eigenthums zwischen dem Inhaber und Anwärter nach Art des getheilten Eigenthums annehmen. Die erstere Meinung ist als die richtige anzusehen, und es ist daher das Recht der Familienfideicommisse den dinglichen Substanzrechten beizuzählen. Das Gleiche ist für die in einzelnen Landesrechten erhaltenen bäuerlichen Erbgüter anzunehmen. In der nachfolgenden Darstellung werden daher Lehen, Familienfideicommisse und bäuerliche Erbgüter unter den dinglichen Substanzrechten dargestellt werden.

Das B.G.B. unterscheidet unter den dinglichen Rechten Dienstbarkeiten, Reallasten, Erbbaurecht (Superficies), Pfandrecht und Vorkaufsrecht; nach der oben gegebenen Ausscheidung fallen auch nach B.G.B. Pfandrecht und Vorkaufsrecht unter die dinglichen Substanzrechte, die übrigen

---

schen Rechts als allgemein durchgeführt angesehen werden kann, ist zweifellos als dingliches Substanzrecht aufzufassen.

unter die dinglichen Nutzungsrechte. Für Lehen, Familienfideicommisse und bäuerliche Erbgüter bleibt das Landesrecht in Geltung [4].

B. Verhältniß des B.G.B. zum Landesrecht.

Zum besseren Verständniß des Verhältnisses des B.G.B. zum Landesrecht und im Interesse der Uebersichtlichkeit erscheint es geboten, an dieser Stelle eine Zusammenstellung der zu Gunsten der Landesgesetzgebung gemachten Vorbehalte und der Uebergangsbestimmungen zu geben, soweit sie die dinglichen Rechte betreffen; die Sondervorschriften über die dinglichen Substanzrechte sind bei den einschlägigen Materien erwähnt.

I. Vorbehalte zu Gunsten der Landesgesetzgebung:

Aufrechterhalten sind alle landesgesetzlichen Vorschriften:

1. welche die Gemeinheitstheilung, die Zusammenlegung von Grundstücken, die Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse und die Ablösung von Dienstbarkeiten und Reallasten betreffen, insbesondere auch solche Vorschriften, welche die durch ein Verfahren dieser Art begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten zum Gegenstande haben oder welche sich auf die Begründung und Aufhebung von Rechten an Grundstücken und auf die Berichtigung des Grundbuchs sich beziehen. Es werden damit im Wesentlichen die landesgesetzlichen agrarrechtlichen Sonderbestimmungen in Geltung belassen [1];

2. über die im öffentlichen Interesse erfolgende Beschränkung des Eigenthums und Entziehung oder Beschränkung von Rechten [2];

---

[4] Art. 59 E.G. z. B.G.B. Dazu sind aber die Art. 60, 61 a. a. O. zu vergleichen.

[1] Art. 113 E.G. z. B.G.B.; M. I. Bd. III. S. 5 ff.; Mat. z. E.G. S. 156, 157. Für Bayern kommen wesentlich in Betracht die Art. 7, 8, 12, 37, 38 II des Flurbereinigungsges. v. 29. Mai 1886 und die bei den einschlägigen Materien (Dienstbarkeiten, Reallasten) erwähnten besonderen Bestimmungen der bayr. Ablösungsgesetze von 1848, 1872, des Weidegesetzes von 1852, des Forstgesetzes v. 28. März 1852/17. Juni 1896 u. s. w. — Vgl. auch Art. 116 E.G. z. B.G.B.

[2] Art. 109 I E.G. z. B.G.B. Für Bayern kommen in Betracht die Enteignungs-Vorschriften des Art. I. II. VI. VIII. XII. des Enteignungsges. v. 17. Nov. 1837 mit Art. 54 b. A.G. z. R.C.P.O. und der oben § 152, 2 er-

3. welche dem Wasserrecht, Bergrecht, Deich- und Sielrecht angehören[3];

4. welche die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Grunddienstbarkeiten oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten oder mit Reallasten untersagen oder beschränken oder den Inhalt und das Maß solcher Rechte näher bestimmen[4];

5. über die Begründung und Aufhebung einer Dienstbarkeit an einem Grundstücke, das im Grundbuche nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der Grundbuchordnung nicht eingetragen zu werden braucht[5];

6. nach welchen die dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt in Folge der Ordnung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse oder der Ablösung von Dienstbarkeiten, Reallasten oder der Oberlehensherrlichkeit zustehenden Ablösungsrenten und sonstigen Reallasten zu ihrer Begründung und zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen[6];

7. welche die Belastung eines Grundstücks über eine bestimmte Werthgrenze hinaus untersagen[7];

8. welche einer Geldrente, Hypothek, Grundschuld oder Renten-

---

wähnten Nebengesetze. Art. 109, 2 E.G. z. B.G.B. wird für Bayern z. Z. keine Bedeutung haben.

[3] Art. 65—67 E.G. z. B.G.B. Vgl. hierüber das Nähere unter den betreffenden Materien.

[4] Art. 115 E.G. z. B.G.B. Vgl. hieher Art. 1 II des Jagdausübungsges. v. 30. März 1850; Art. 34. 45 des Weidegef. v. 28. Mai 1852 (s. unten § 179 I), Art. 30 des Forstges. v. 28. März 1852|17. Juni 1896 (s. unten § 182), Art. 2—6 des Ablösungsges. v. 4. Juni 1848 (s. unten § 185), Art. 2—6 des Ablösungsges. v. 4. Juni 1848 (s. unten § 185, § 186 E, F, G) über Untersagung der Neubegründung solcher Rechte, im Uebrigen sind hieher auch die Ablösungsvorschriften dieser Gesetze und anderer von Bedeutung. Jakubezky S. 255. — Vgl. auch Art. 116 E.G. z. B.G.B.

[5] Art. 128 E.G. z. B.G.B. Vgl. dazu § 92 R.Gr.B.O. und hierüber oben § 162 a, 36.

[6] Art. 114 E.G. z. B.G.B. mit § 22 Z. 5 des Bayr. Hyp.Ges. in der Fassung der Nov. v. 29. Mai 1886; dazu kommen wieder die bayrischen Ablösungsgesetze von 1848 und 1872 und die oben Nt. 4 erwähnten Nebengesetze in Betracht. Mat. z. E.G. S. 157, 158. — Vgl. auch Art. 116 E.G. z. B.G.B.

[7] Art. 117 I E.G. z. B.G.B. Zur Zeit bestehen in Bayern solche Vorschriften nicht.

schuld, die dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt wegen eines zur Verbesserung des belasteten Grundstücks gewährten Darlehens zusteht, den Vorrang vor anderen Belastungen des Grundstücks einräumen, jedoch unbeschadet der aus dem Oeffentlichkeitsprinzip des Grundbuchs sich ergebenden Wirkungen gegenüber später entstandenen Rechten [8];

9. nach welchen im Falle der Veräußerung eines Theiles eines Grundstücks dieser Theil von den Belastungen des Grundstücks befreit oder im Falle der Theilung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks die Reallast auf die einzelnen Theile des Grundstücks vertheilt wird oder im Falle der Aufhebung eines dem jeweiligen Eigenthümer eines Grundstücks an einem anderen Grundstücke zustehenden Rechts die Zustimmung derjenigen nicht erforderlich ist, zu deren Gunsten das Grundstück des Berechtigten belastet ist, wenn in den einzelnen Fällen von der zuständigen Behörde festgestellt wird, daß die Rechtsänderung für die Berechtigten unschädlich ist [9];

10. nach welchen im Falle der Theilung eines für den Staat oder eine öffentliche Anstalt mit einer Reallast belasteten Grundstücks nur ein Theil des Grundstücks mit der Reallast belastet bleibt und dafür zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers dieses Theils die übrigen Theile mit gleichartigen Reallasten belastet werden [10];

11. über die Kirchenbaulast und die Schulbaulast [11];

12. über das Recht zur Benutzung eines Platzes in einem dem öffentlichen Gottesdienste gewidmeten Gebäude oder auf einer öffentlichen Begräbnißstätte [12];

13. über das Erbpachtrecht mit Einschluß des Büdnerrechts und des Häuslerrechts in denjenigen Staaten, in welchen solche Rechte bei Beginn des 1. Januar 1900 schon bestehen. Doch finden

---

[8] Art 118 E.G. z. B.G.B. In Betracht kommen für Bayern die Art. 7 und 12 des Landeskulturrentenges. v. 21. April 1884. Mat. z. E.G. S. 162, 163.

[9] Art. 120 E.G. z. B.G.B. Außer der für Hypotheken geltenden Vorschrift des § 37 des B. Hyp.Ges. bestehen z. Z. in Bayern weitere Vorschriften nicht. Mat. z E.G. S. 165—170.

[10] Art. 121 E.G. z. B.G.B. Bayern hat z. Z. keine solchen Vorschriften.

[11] Art. 132 E.G. z. B.G.B. Vgl. hiezu für Bayern bezüglich der Kirchenbaulast § 186 I. und Becher § 49 II. 3 b; bezüglich der Schulbaulast Engelmann-Stingl, Handbuch des Bayr. Volksschulrechtes, 4. Aufl. München 1897 §§ 179—184.

[12] Art. 133 E.G. z. B.G.B. Vgl. dazu Pr. L.R. II. 11 §§ 676 ff.

auf diese Rechte von da ab in gleicher Weise wie beim Erbbaurecht des B.G.B. die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften, insbesondere auch über den Erwerb und die Ansprüche aus dem Recht entsprechende Anwendung [13];

14. welche die Belastung eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals gestatten und den Inhalt dieses Rechtes näher bestimmen. Doch werden auch diese Rechte vom 1. Januar 1900 ab in gleicher Weise wie das Erbbaurecht des B.G.B. wie Grundeigenthum und insbesondere in Ansehung der Begründung, Aufhebung und des Schutzes dem Erbbaurechte gleichbehandelt [14].

II. Uebergangsbestimmungen.

1. Ein nach den Vorschriften des B.G.B. unzulässiges Recht kann vom 1. Januar 1900 ab keinesfalls mehr begründet werden [15]. Doch bleiben in Kraft solche landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen in Ansehung solcher Grundstücke, die bei Beginn des 1. Januar 1900 mit einem anderen bäuerlichen Nutzungsrechte als einem Erbpachtrechte belastet sind, nach der Beendigung des Nutzungsrechts ein Recht gleicher Art neu begründet werden kann und der Gutsherr zu der Begründung verpflichtet ist [16].

2. Die dinglichen Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht bei Beginn des 1. Januar 1900 belastet ist, bleiben mit dem sich aus dem bisherigen Rechte ergebenden Inhalt und Rang bestehen. Jedoch gelten vom 1. Januar 1900 an für ein Erbbaurecht die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften des B.G.B. in gleicher Weise wie bei einem von da ab begründeten Erbbaurechte [17], sowie für Grunddienstbarkeiten die Vorschriften des B.G.B., mit Ausnahme derer über den Besitzesschutz [18] [19].

---

[13] Art. 63 E.G. z. B.G.B. mit § 1017 B.G.B. und § 84 R.Gr.B.O. In Bayern bestehen solche Verhältnisse nicht.

[14] Art. 68 E.G. z. B.G.B. mit §§ 874, 875, 876, 1015, 1017 B.G.B. und § 84 R.Gr.B.O. In Bayern bestehen solche Rechte nicht. Art. 221 des Bergges. v. 20. März 1869 gehört nicht hieher. Mat. z. E.G. S. 93, 94; Jakubezky S. 254.

[15] Art. 189[13] E.G. z. B.G.B.

[16] Art. 197 E.G. z. B.G.B. Für Bayern ohne Bedeutung.

[17] § 1017 B.G.B.

[18] §§ 1020—1028 B.G.B.

3. Begründung, Uebertragung, Belastung und Aufhebung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstück oder eines Rechtes an einem solchen Rechte, Aenderung des Inhalts und Ranges solcher Rechte erfolgen auch nach dem 1. Januar 1900 nach dem bisherigen Rechte insolange, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist [20]. Immerhin bedürfen sie aber, sobald das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung. Nur für Grunddienstbarkeiten und Miet- und Pachtrechte als dingliche Rechte an Grundstücken, die in diesem Zeitpunkte bereits bestehen, sind Ausnahmen geschaffen. Für letztere kann durch landesherrliche Verordnung das Gegentheil bestimmt werden [21]. Für Grunddienstbarkeiten gilt reichsrechtlich das Gegentheil; doch kann auch für diese oder einzelne Arten derselben, selbst mit Beschränkung auf einzelne Grundbuchbezirke die Landesgesetzgebung die Eintragung in das Grundbuch zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs anordnen und Mangels solcher Anordnung jeder Theil die Eintragung auf seine Kosten verlangen [22]. Die Aufhebung eines Rechts, mit dem ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke zu der Zeit belastet ist, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, erfolgt sogar nach dieser Zeit noch nach dem bisherigen Rechte insolange, bis das Recht in das Grundbuch selbst eingetragen ist [23].

4. Die Landesgesetzgebung kann aber auch bestimmen, daß auf ein nach bisherigem Rechte an einem Grundstücke bestehendes vererbliches und übertragbares Nutzungsrecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften und auf den Erwerb eines solchen Rechts die für den Erwerb des Eigenthums an einem Grundstücke geltenden Vorschriften des B.G.B. Anwendung finden [24].

5. Die Uebergangsbestimmungen in Ansehung der Tabular-

---

[19] Art. 184 E.G. z. B.G.B.

[20] Art. 189 I. 1, 2 E.G. z. B.G.B. Der Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, wird durch landesherrliche Verordnung bestimmt; vgl. Art. 186 E.G. z. B.G.B.; § 82 R.Gr.B.O.

[21] Art. 188 II E.G. z. B.G.B.

[22] Art. 187 E.G. z. B.G.B. Die Kosten sind vorzuschießen.

[23] Art. 189 III E.G. z. B.G.G.

[24] Art. 196 E.G. z. B.G.B. mit §§ 873—902, 925—928, 985 ff. B.G.B.

ersitzung[25], des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache[26] und über den Besitzesschutz von Grunddienstbarkeiten[27] sind an anderer einschlägiger Stelle aufgeführt.

I. Dingliche Nutzungsrechte.

Caput 1.

Die Dienstbarkeiten[1].

§ 168.

Allgemeines.

Dienstbarkeiten sind Rechte an einer fremden Sache oder einem fremden Recht, welche dem Berechtigten die Befugniß geben, auf diese in einer das Eigenthum beschränkenden Weise einzuwirken, indem der Eigenthümer gewisse Handlungen des Berechtigten dulden muß oder gewisse in der Befugniß des Eigenthümers liegende Handlungen nicht vornehmen darf[2]. Sie setzen daher zu ihrem

---

[25] Art. 189 II E.G. z. B.G.B. Vgl. oben § 157a, 5, unten §§ 169, 186.

[26] Art. 185 E.G. z. B.G.B. Vgl. unten § 175.

[27] Art. 191 E.G. z. B.G.B. Vgl. oben § 171.

[1] Vgl. Glück, Commentar IX. X. 1—262; Elvers, die römische Servitutenlehre 1854; Schönemann, die Servituten 1866; Windscheid § 200—217; Dernburg §§ 235 ff.; Vangerow § 338—357; Sintenis, C.R. § 57—66; Brinz, Pandekten (2) § 186—201; Mittermair, P.R. § 166—171; Stobbe, P.R. § 97. 98; v. Gerber-Cosack, Pr.R. §§ 145—149; Förster Eccius § 185—187; Dernburg, Pr. P.R. I. § 278—288; § 292—304; Platner, Sachenrecht § 49—62; Roth, D. Pr.R. §§ 263 ff.; Lang, Sachenrecht § 70—100; Post, P.R. III. § 11—18; Becher §§ 87—90; Jakubezky S. 254—262; Fischer, Vorträge S. 47—50.

[2] l. 15 § 1 D. 8. 1. Mit dieser Auffassung stimmen unsere Statuten überein. Bayr. L.R. II. 7. 1: „Die Dienstbarkeit ist eine Gerechtsame, welcher man sich zu eignem Besten auf fremdem Gut zu erfreuen hat." Gegen die Auffassung der Servituten als Eigenthumsrecht an einer unkörperlichen (fingirten) Sache vgl. Windscheid § 200, 3. Das B.G.B. enthält keine allgemeine Definition. Doch ergeben die §§ 1018, 1030, 1090 über den Inhalt der Grunddienstbarkeiten, des Nießbrauchs und der beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten die gleiche allgemeine Definition wie im Texte. Bemerkenswerth ist, daß in § 1018 ausdrücklich der Grunddienstbarkeit, welche das aus dem Eigenthum fließende Recht des Eigenthümers gegenüber dem andern Grundstücke ausschließt, gedacht ist und daß der Inhalt

Bestand immer den des Eigenthums voraus, das sie nur beschränken[3].

Nach ihrem Inhalt unterscheidet man:

1. persönliche und Grunddienstbarkeiten, je nachdem sie einer Person als berechtigtem Subjekt zustehen oder einem Grundstück zu Gunsten eines anderen Grundstücks aufgelegt sind[4];

2. affirmative und negative Dienstbarkeiten, je nachdem der Eigenthümer der belasteten Sache zu einem Leiden oder einem Nichtthun verpflichtet ist[5];

3. ständige und nichtständige Dienstbarkeiten (servitutes continuae, discontinuae)[6], je nachdem die Ausübung eine fortwährende ist oder nicht[7];

---

einer solchen Grunddienstbarkeit auch Inhalt einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit sein kann (§ 1090).

[3] Gegen die Auffassung von Vangerow § 338 Anm. 1, Arndts § 175 Anm. 2 u. a., die Servituten seien ausgeschiedene, dem Berechtigten selbstständig zustehende Bestandtheile des Eigenthums vgl. Windscheid § 200, 3.

[4] l. 1 D. 8. 1; Windscheid § 201, 4; Dernburg § 235, 3; Bayr. L.R. II. 7. 2 Nr. 5; ebenso B.G.B. § 1018: „ein Grundstück kann zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks belastet werden", § 1030: „eine Sache kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist", ebenso § 1090 I. Das Preußische Recht stellt den Grundgerechtigkeiten, die den Prädialservituten entsprechen, nicht Personalservituten, sondern Rechte zum Gebrauch oder Nutzung fremden Eigenthums gegenüber, zu denen außer dem Nießbrauch auch Leihe, Pacht und Miethe gehören Förster Eccius § 185, 16. 17.

[5] l. 15 § 1 D. 8. 1; Windscheid § 201, 1; Dernburg § 236, 2; Bayr. L.R. II. 7. 2 Nr. 1. 2; ebenso nach B.G.B. Andere bezeichnen die ersteren als servitutes habendi und faciendi, die letzteren als servitutes prohibendi Vangerow § 339 Anm. II. Das Pr. L.R. I. 7. 81. 86 nennt die ersteren negative, die letzteren Untersagungsrechte, was mit der Auffassung von Vangerow zusammentrifft.

[6] Windscheid § 201, 9; Randa, Besitz § 27, 5. 6. Die Bezeichnung ist nicht quellenmäßig, aber in unserer Rechtssprache anerkannt Bayr. L.R. II. 7. 2 Nr. 3. Die Unterscheidung des Pr. L.R. I. 9. 649 zwischen den gewöhnlich und den nur bei gewissen Gelegenheiten geübten Dienstbarkeiten stimmt damit nicht überein, sondern ist eine nur auf die Ersitzung bezügliche Unterscheidung zwischen den servitutes discontinuae Förster Eccius § 185, 27. Die Unterscheidung der ständigen und nicht ständigen Dienstbarkeiten findet sich gewöhnlich bei Grunddienstbarkeiten, sie findet aber Anwendung auch auf persönliche Dienstbarkeiten, namentlich die sog. irregulären Prädialservituten z. B. eine Weidegerechtsame.

[7] Windscheid § 201, 10; Randa, Besitz § 27, 5. 6. Bayr. L.R. II. 7. 2

4. regelmäßige und unregelmäßige. Diese Unterscheidung wird in doppelter Weise gemacht: für Grunddienstbarkeiten, die als Personalservituten bestellt sind (irreguläre Personalservituten)[8], und für Grunddienstbarkeiten, bei welchen die Unterscheidung zwischen städtischen und ländlichen Dienstbarkeiten verwischt ist (irreguläre Prädialservituten)[9]. Beide Unterscheidungen sind nicht allgemein anerkannt. **Das B.G.B. kennt persönliche Dienstbarkeiten mit dem Inhalte einer Grunddienstbarkeit und nennt sie beschränkt persönliche Dienstbarkeiten**[10].

5. das Preußische[11] Recht unterscheidet offene und verborgene Dienstbarkeiten, je nachdem sich die Dienstbarkeiten durch äußere Anlagen anzeigen oder nicht.

Für die Servituten gelten folgende allgemeine Grundsätze:

1. Servituten können Sachen oder Rechte zum Gegenstand haben; das letztere findet sich nur bei Personalservituten[12]; **nach B.G.B. nur beim Nießbrauch**[13]. Das Objekt der Servitut muß im Verkehr sein[14].

Nr. 3 bezeichnet als ständige Dienstbarkeiten diejenigen, die für sich selbst ohne menschliche Uebung bestehen, als unständige diejenigen, deren Gebrauch auf menschlicher Uebung beruht. Diese Unterscheidung kann auch gegenüber dem B.G.B. bestehen. Andere identificiren diese Unterscheidung mit der zwischen Servitutes habendi und faciendi Förster Eccius § 185, 26.

[8] Glück, Commentar IX. 21, 7; Elvers, Servituten 198; Förster Eccius § 185. V. vgl. unten § 271, 5. Gegen diese Unterscheidung erklären sich Vangerow § 339 Anm. I.; Windscheid § 202, 2; Sintenis, C.R. § 98, 2 u. a., indem sie die Fälle, in welchen der Inhalt einer Grunddienstbarkeit einer Person verliehen ist, als rein persönliche Dienstbarkeiten erklären.

[9] Daß dieß zulässig ist, s. aus der Praxis besonders Bl. XXXIX. 125, Samml. XIII. 498 und die Citate daselbst. Puchta, Pandekten § 183g; Hoffmann, Servituten § 59. Gegen diese Unterscheidung Cohnfeld, irreguläre Servituten 81—99; sie scheint neuerdings ganz aufgegeben zu sein und ist auch in unseren Statuten nicht anerkannt.

[10] § 1090 B.G.B.

[11] Pr. L.R. I. 22. 17; Dernburg, Pr. P.R. I. § 295. 4.

[12] Der Nießbrauch ist auch an Rechten und Forderungen gegeben, vgl. unten § 173.

[13] § 1068, auch § 1085 B.G.B. und arg. aus § 1090 „ein Grundstück . .".

[14] Elvers, Servituten § 13; Randa, Besitz § 26, 1. An Sachen, die nicht im Verkehr sind, können Servituten nicht bestellt werden, Elvers, Servituten 125; vgl. oben § 54, 16, wo mehrere Erkenntnisse mitgetheilt sind,

2. Eine Servitut kann dem Berechtigten nicht an seiner eignen Sache zustehen (res propria non servit)[15]. **Dieser Satz gilt nach B.G.B. weder uneingeschränkt für Dienstbarkeiten an beweglichen Sachen und Rechten, die nicht wie Grundeigenthum behandelt werden, noch für Dienstbarkeiten an Grundstücken und diesen gleichbehandelten Rechten**[16]. **An Grundstücken und den diesen gleichbehandelten dinglichen Rechten**[17] **kann zwar der Eigenthümer oder Rechtsinhaber sich keine Dienstbarkeit bestellen, auch geht auf ihn nicht die erloschene Dienstbarkeit über**[18], **aber im Fall der Consolidation erlischt die Dienstbarkeit nicht, sondern ruht nur insolange, bis sie entweder im Grundbuch gelöscht oder vom**

---

welche aussprechen, daß an öffentlichen Plätzen, Straßen und Wegen Dienstbarkeiten durch Verjährung nicht erworben werden können. Dagegen erscheint Einräumung durch besondere Verleihung zulässig vgl. oben § 54, 17, Erk. Dresden 1848 Sf. II. 294, Stuttgart 16/4 47 Sf. III. 146, Lübeck 17/6 43 Sf. IX. 136. Erk. Jena 28/2 32 Sf. VI. 140 ist ausgesprochen, daß an einem Kirchhof als einer res religiosa eine Servitut erworben werden könne.

[15] l. 26 D. 8. 2; Windscheid § 200, 4. Manche nehmen an, daß der Miteigenthümer an der gemeinschaftlichen Sache eine gegen seine Miteigenthümer wirksam und diese in ihren Rechten an der gemeinsamen Sache beschränkende Dienstbarkeit erwerben könne Glück, Commentar IX. 7, 20; Luden, Servituten § 6, 2; Erk. Dresden 25/11 1844 Sf. VI. 153. Mit Recht verwerfen dieß vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus Holzschuher, Theorie § 111, 7 b; Sammlung VII. 97; Darmstadt 22/9 1868 Sf. XXII. 216. Durch Bayr. Wassergesetz Art. 54 ist die Möglichkeit für Privatflüsse anerkannt vgl. unten § 319.

[16] Der Umstand, daß ein Nießbrauch an Rechten (§ 1068) und damit auch ein Nießbrauch des Eigenthümers an einem an seinem Grundstücke bestehenden Rechte möglich ist, würde allerdings dem gemeinrechtlichen Prinzipe nicht entgegenstehen.

[17] Erbbaurecht § 1017[1] B.G.B. Art 184 E.G. z. B.G.B.; Erbpachtrecht Art. 63 E.G. z. B.G.B.; vererbliches und veräußerliches Recht auf Gewinnung nichtbergrechtlicher Mineralien Art. 68 E.G. z. B.G.B. S. auch Art. 196 E.G. z. B.G.B.

[18] Weder die allgemeinen Vorschriften über die Grundstücke §§ 873—902, noch die Vorschriften über die Dienstbarkeiten V. Abschn. des 3. Buches B.G.B. enthalten gegentheilige Bestimmungen oder Ausnahmsvorschriften wie § 1196 für die Eigenthümergrundschuld; auch eine Eigenthümerhypothek kann nicht bestellt werden (§ 1163 B G.B.), sowenig wie eine Eigenthümerdienstbarkeit oder ein Eigenthümerpfandrecht an einer beweglichen Sache.

Eigenthum wieder getrennt wird[19]**. Beim Nießbrauch an beweglichen Sachen tritt durch Consolidation das Erlöschen des Nießbrauchs dann nicht ein, wenn der Eigenthümer an dem Fortbestehen ein rechtliches Interesse hat**[20]. An einer Servitut kann nicht wieder eine Servitut bestellt werden[21].

3. Die Dienstbarkeit besteht in einer Beschränkung des Eigenthums, indem der Eigenthümer der dienenden Sache verpflichtet wird, dem Berechtigten eine Einwirkung auf dieselbe zu gestatten, oder Verfügungen über die dienende Sache, die ihm sonst als Eigenthümer zustehen würden, zu unterlassen, oder ein Recht nicht auszuüben, das ihm kraft seines Eigenthums dem anderen Grundstücke gegenüber zusteht[22], nicht aber dazu, eine Leistung vorzunehmen[23]. Die Meinung, daß es nach Deutschem Recht Dienst-

---

[19] § 889 B.G.B.; R.T.B. § 873; II. E. § 807; I. E. § 835; M. I. Bd. III. S. 201. S. auch oben § 128 zu Nt. 33.

[20] § 1063 B.G.B.; § 1046 R.T.B.; II. E. § 972; I. E. § 1016[I]; M. I. Bd. III. S. 531. — Der Ausschluß des Erlöschens im Falle der Consolidation ist dann von besonderer Wichtigkeit, wenn die Dienstbarkeit mit dem Rechte eines Dritten belastet ist.

[21] l. 1 D. 33. 2; Windscheid § 200, 5; Förster Eccius § 186, 35. Eine Ausnahme findet sich beim Nießbrauch, an dem ein Nießbrauch bestellt werden kann Kreittmayr, Anm. f. zu Bayr. L.R. II. 7. 1; Windscheid § 206, 10; B. G. B. § 1068.

[22] §§ 1018, 1090 B.G.B.

[23] l. 15 § 1 D. 8. 1; Elvers, Servituten § 6; Vangerow § 338, Anm. 2, 1; Windscheid § 201, 3; Förster Eccius § 185, 28. Dieß bildet indessen nur die Regel. Ausnahmsweise kann in einzelnen Fällen der Eigenthümer der dienenden Sache zu einem die dauernde Ausübung der Servitut ermöglichenden Thun verpflichtet sein. Es kann dieß auf gesetzlicher Bestimmung beruhen, so gemeinrechtlich bei der servitus oneris ferendi unten § 184, 46; nach Preußischem Landrecht bei den durch Vertrag gegen Entgelt bestellten Grunddienstbarkeiten unten § 178, 34; ebenso kann es aber auch durch besondere Festsetzung bestimmt sein. Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß Pr. L.R. I. 22. 30. Die Zulässigkeit einer derartigen Festsetzung ist aber auch gemeinrechtlich anzunehmen Holzschuher, Theorie § 111 Nr. 12; Erk. Rostock 10/1 1841 Sf. XVII. 8; Dresden 11/12 1862 Sf. XVIII. 15; Darmstadt 3/8 1866 Sf. XXI. 214; Berlin 8/12 1871 Sf. XXVI. 108; 16/1 1877 Sf. XXXIV. 16. Nach B. G. B. werden Verpflichtungen zu Leistungen als Reallasten behandelt: §§ 1021, 1022, 1090[II], 1105 ff. Ausnahmen finden sich nur beim Nießbrauch an Forderungen, Grund- und Rentenschulden, Inhaber- und Ordrepapieren; vgl. §§ 1078—1080, 1082, 1083 B. G. B.

barkeiten gebe, die zu einer Leistung verpflichten, entbehrt der Begründung [24].

4. Der Berechtigte kann zu einer Gegenleistung verpflichtet sein [25].

5. Der Berechtigte muß an der Servitut ein rechtliches Interesse haben, sie muß ihm Vortheil gewähren [26].

---

[24] Stobbe, P.R. § 97, 8. Früher war diese Ansicht allgemein verbreitet und man sah darin eine wesentliche Modifikation des römischen Rechts durch die Grundsätze des deutschen Rechts; man erklärte daraus einerseits die Reallasten s. die bei Duncker, Reallasten § 5 Citirten, theils die Bannrechte, s. Titius de servitute faciendi Lips. 1710, Gerhard de servitutibus in faciendo Jena 1710. Diese Auffassung findet sich noch Bayr. L.R. II. 7. 1 Nr. 1: „affirmativa, wenn derjenige, welcher hiezu verbunden ist, entweder in dem Seinigen etwas zu leiden oder zu thun hat" und Kreittmayr, Anm. 1c zu Bayr. L.R. II. 7. 2. „Unter die erste rechnet unser Codex auch jene, da man nicht nur etwas leiden oder gestatten, sondern sogar selbst etwas thun muß, dann obschon nach Römischen Rechten natura servitutes nur in patiendo vel non faciendo nicht aber in faciendo bestehet, ... so ist doch dieses nur eine römische Subtilität, welche nichts heißt, und weder mit dem Jure naturae noch Germanico et hodierno übereinstimmt." Aber auch vom Standpunkt des Deutschen Rechts aus ist diese Auffassung jetzt allgemein aufgegeben Mittermair, P.R. § 166, 20; Maurenbrecher, P.R. § 260, 1; Erk. Dresden 9/5 1863 Sf. XVIII. 15. Auch für das Bayrische Landrecht scheint sie mir nicht mehr haltbar, obwohl sie in den Text des Gesetzes aufgenommen ist. Ausnahmsweise kann bei einzelnen Servituten eine Verpflichtung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks zur Reparatur der zur Ausübung nöthigen Anstalten vorkommen, vgl. unten § 178, 34. Der in Erk. 5/2 69 Bl. XXXVI. 248 ausgesprochenen Ansicht, daß der in Alimentationsbeiträgen, Wohnungsrecht u. s. w. bestehende Auszug eine Personalservitut sei, kann ich mich nicht anschließen. Bez. des B.G.B. s. die vorhergehende Note.

[25] Vgl. unten § 178, 28; Lang, Sachenrecht § 77, 11; so beim Weiderecht, unten § 179, 52 ff. und bei der Holzgerechtigkeit unten § 182, 35. Gegenleistungen können auch bei Personalservituten vorkommen Elvers, Servituten 195. Soll sie der jeweilige Eigenthümer des berechtigten Grundstücks leisten, so müssen sie künftig als Reallast bestellt werden; vgl. dazu §§ 1105—1112 B.G.B. und M. 1.Bd. III. S. 481 Ziff. 7.

[26] l. 1 pr. D. 8. 1; Elvers, Servituten 138; Förster Eccius § 185, 37. Bei Personalservituten ergibt sich dieß von selbst. Der Satz ist namentlich für Prädialservituten von Bedeutung, vgl. unten § 178 Ziff. 2. Der I. E. des B.G.B. § 967 sprach bei Grunddienstbarkeiten von Gewährung eines Vortheils oder einer Annehmlichkeit, im II. E. § 930 wurde die Annehmlichkeit gestrichen und dabei blieb es im § 1019 B.G.B. Nach § 1090 [II] B.G.B. findet aber der

6. Erwerben kann eine Servitut außer dem wirklich Berechtigten auch ein Stellvertreter[27], Grunddienstbarkeiten auch der Nutzeigenthümer[28], und nach Bayrischem und Preußischem Landrecht auch der Nutznießer für das Grundstück[29]. **Nach B.G.B. ist überhaupt nicht erforderlich, daß der Dienstbarkeitsberechtigte den dinglichen Dienstbarkeitsbestellungsvertrag abschließt; es kann dieß jeder Dritte mit der Wirkung, daß die Dienstbarkeit zu Gunsten des Berechtigten, insbesondere des jeweiligen Eigenthümers des herrschenden Grundstücks entsteht[30].**

7. Die Servituten sind unveräußerlich[31].

8. Die Servituten müssen mit möglichster Schonung des Eigenthümers ausgeübt werden[32].

---

§ 1019 auf beschränkt persönliche Dienstbarkeiten keine Anwendung, als Consequenz des in Abs. I. gekennzeichneten Inhalts, so daß hier auch ein Annehmlichkeitsinteresse genügen wird.

[27] Elvers, Servituten 696; Bayr. L.R. II. 7. 4 Nr. 6; § 164 (auch 167) B.G.B.

[28] Emphyteuta, superfiziar, publicianischer Besitzer u. s. w. Elvers, Servituten 695; Windscheid § 212, 7; Dernburg § 251, 2; Erk. Celle 1849 Sf. VII. 155; Bayr. L.R. II. 7. 4 Nr. 5.

[29] Bayr. L.R. II 7. 4 Nr. 5; Pr. L.R. I. 21. 98. Gemeinrechtlich kann der Nutznießer eine Grunddienstbarkeit für das Grundstück nicht erwerben l. 15 § 7 D. 7. 1; Windscheid § 212, 7; Dernburg § 251, 2.

[30] Durch die Wortfassung der §§ 1018, 1030 I, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191 B.G.B. ist der Vertrag zu Gunsten Dritter auch auf dinglichem Gebiete anerkannt. Vgl. dazu §§ 328—335 bezüglich der obligatorischen Verträge zu Gunsten Dritter.

[31] Dieß gilt wie von Personalservituten § 172, 7 und § 174, 59, so von Prädialservituten unten § 178, 35; §§ 1059, 1092 B. G. B. (Ausnahme von § 413) bezüglich des Nießbrauchs und beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten; bezüglich der Grunddienstbarkeiten liegt die Unveräußerlichkeit in der Natur der Sache.

[32] l. 9 D. 8. 1; Glück, Comment. IX. 156, 29; Windscheid § 209, 11; Sintenis, C.R § 57, 12; Kreittmayr, Anm. 2b zu Bayr. L.R. II. 7. 6; Pr. L.R. I. 19, 17; I. 22. 29. 47; Förster Eccius § 185, 74. Dieß gilt nach B. G. B. auch für die Grunddienstbarkeiten und beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten nach § 1020 und 1090 II. Für den Nießbraucher gelten die besonderen Sätze der §§ 1036 ff.

9. Als Beschränkung des Eigenthums ist die Dienstbarkeit strikt zu interpretiren, daher ist im Zweifel gegen das Dasein und den Umfang der Dienstbarkeit zu entscheiden[33].

Titel I.

Begründung, Aufhebung, Schutz der Dienstbarkeiten und Verhältniß zu anderen dinglichen Rechten.

§ 169.

I. Begründung der Dienstbarkeiten.

Dienstbarkeiten können unmittelbar durch eine gesetzliche Vorschrift gegeben sein oder auf einem Begründungsakt beruhen. Der Begründungsakt kann auf dem Willen des Verpflichteten beruhen (Privatdisposition), oder ohne seine Zustimmung vollzogen werden (Richterspruch, Expropriation, Ersitzung). Eintragung in das Hypothekenbuch ist zur Begründung einer Dienstbarkeit nicht erforderlich[1]. Die einzelnen Arten der Begründung sind folgende:

I. Gesetz. Nach der gewöhnlichen Ansicht soll die Entstehung unmittelbar durch das Gesetz nur beim Nießbrauch vorkommen[2]. Das römische Recht kannte mehrere Fälle der Begründung von

---

[33] Glück, Commentar IX. 156. 28; Sintenis, C.R. § 157, 11; Erk. München 13/12 1844 Sf. VI. 314; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 8; Pr. L.R. I 19. 14—16; Förster Eccius § 184, 46.

[1] Vgl. § 22 Ziff. 5 Hyp.Ges.; Becher § 87, I 3.

[2] Windscheid § 214, 3; Arndts § 190, Lang, Sachenrecht § 73, 1. Nach B.G.B. ist auch beim Nießbrauch Gesetz als Entstehungsgrund nicht anerkannt; die §§ 1363—1425 über die ehemännliche und die §§ 1649—1663, 1685, 1686 über die elterliche Nutznießung gewähren dieser einen anderen Inhalt als dem Nießbrauch und können m. E. nicht als gesetzlicher Nießbrauch im Sinne des 2. Titels des V. Abschn. des 2. Buches des B.G.B. erachtet werden. Ob man die Fälle des § 1046, 1066 III, 1075 I (sog. Surrogationsfälle) als gesetzlichen Nießbrauch bezeichnen darf, wie dieß von Achilles in seiner Handausg. z. B.G.B. geschieht, scheint mir mehr als zweifelhaft; diese Surrogationsrechte sind eben gesetzlicher Inhalt des vertragsmäßig 2c. bestellten Nießbrauchs; es tritt nicht an Stelle des vertragsmäßigen 2c. Nießbrauchs ein gesetzlicher Nießbrauch.

Grunddienstbarkeiten durch Gesetz, die zum Theil nicht mehr praktisch sind [3], die Möglichkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten durch Gesetz auch für das gemeine Recht jedoch zweifellos machen [4]. Die gesetzliche Dienstbarkeit unterscheidet sich von der Eigenthumsbeschränkung darin, daß die erstere ihre Begründung nur in den vorausgesetzten besonderen Verhältnissen des Nachbargrundstücks findet, während die letztere jedem Grundstück ohne Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Nachbargrundstücks auferlegt ist [5]. Auch in unseren Statuten ist das Gesetz als Entstehungsgrund von Grunddienstbarkeiten anerkannt [6]. Die gesetzliche Dienstbarkeit ist mit dem Eintreten des Verhältnisses gegeben, welches nach der gesetzlichen Bestimmung dazu Veranlassung geben soll, und hört mit der Beendigung dieses Verhältnisses auf.

II. Privatdisposition [7]. Die eine Servitut begründende Privatdisposition kann in einem Akt unter Lebenden oder in einer letztwilligen Verfügung vollzogen sein. Berechtigt zur Bestellung ist nur der Eigenthümer [8]. Miteigenthümer können an

[3] Bekker, Eigenthumsbeschränkungen Jahrb. V. 201 zählt fünf auf, nämlich die Erweiterung der aquae pluviae arcendae actio (179), das Verbot des Verbauens des Luftzugs einer Tenne und der Aussicht aufs Meer (191), des Verbauens des Lichts (190) und der Anlage von Gräbern (188). Die beiden letzteren der hier aufgeführten Legalservituten sind jedenfalls nicht mehr praktisch. Die Erweiterung der actio aquae pluviae arcendae ist in Bayern durch die neuere Gesetzgebung beseitigt; unten § 181.

[4] Bekker, Eigenthumsbeschränkungen 152. Gegen die Annahme von gesetzlichen Servituten erklären sich Windscheid § 169, 2, Brinz, Pandekten (2) § 132, 24 und Lang, Sachenrecht § 73, 2, welche die betreffenden Verhältnisse als Eigenthumsbeschränkungen auffassen vgl. jedoch oben § 139 und Roth, D. Pr.R. § 268 Nt. 4.

[5] Die Unterscheidung der Eigenthumsbeschränkung von der Legalservitut tritt am schärfsten in den Bestimmungen des Preußischen Landrechts über die Errichtung von Gebäuden hervor, wonach für Gebäude überhaupt eine Entfernung von 1½ Fuß (Eigenthumsbeschränkung) für Bauten gegenüber einem schon bestehenden Nachbargebäude von 3 Fuß (Legalservitut) eingehalten werden muß, oben § 144, 8 und unten § 184, 6, 7.

[6] Es gehören dahin z. B. die Beschränkungen des Baues gegenüber schon bestehenden Nachbargebäuden nach dem Augsburger und Regensburger Recht und dem Preußischen Landrecht vgl. unten § 184, 6—8.

[7] Vgl. Schmidtlein de servitutibus per pactum constituendis 1823; Haertel de servitutibus per pacta et stipulationes constitutis 1828; Windscheid § 212; Dernburg § 251.

[8] l. pr D. 8. 1; Bayr. L.R. II. 7. 1: „Auf Seite des Constituentens wird

ihrem ideellen Antheil nur einen Nießbrauch [9], nicht aber eine andere Personalservitut [10] oder eine Prädialservitut [11] bestellen. Nutzeigenthümer können Dienstbarkeiten nur für die Dauer ihres Rechts einräumen [12]; nach Bayrischem Landrecht [13] steht diese Befugniß für die Dauer seines Rechts auch dem Nutznießer zu. **Nach B.G.B. hat nur der Erbbauberechtigte die Befugniß zur Dienstbarkeitsbestellung [14]; doch ist der gutgläubige Dienstbarkeitsberechtigte, welcher sein Recht vom Nichtberechtigten ableitet, in seinem Rechte entsprechend geschützt [15].** Die Bestellung kann geschehen:

1. durch einen Akt unter Lebenden und zwar:

a. durch Vertrag. Die Bestellung kann nach bisherigem Rechte direkt durch darauf bezügliche Uebereinkunft erfolgen [16]. Nach Bayrischem Recht bedarf die vertragsmäßige Bestellung von Prädialservituten und solcher Personalservituten, die sich auf unbewegliche Sachen beziehen, der notariellen Verbriefung [17]. Nach Preußi-

---

erfordert, daß er von der Sach, welche mit der Dienstbarkeit beschwert werden solle, Herr sein und damit disponiren zu können freie Macht habe." Verboten ist in Bayern die Errichtung neuer Forstdienstbarkeiten (s. unten § 182, 31.) und neuer Weiderechte (s. unten § 179, 7).

[9] l. 31 D. 33. 2; Schmid, Handbuch § 2, 48. B.G.B. § 1066.

[10] Da diese nicht theilbar sind unten § 172, 9. Bayr. L.R. II. 7, 4 N. 2. Vgl. oben § 137, 99.

[11] Vgl. unten § 178, 42. Vgl. oben § 137, 100.

[12] l. 1 pr. D. 7. 4; l. 1 § 9 D. 43. 18; Glück, Commentar IX. 42, 13; Elvers, Servituten 692; Windscheid § 212, 2.

[13] Bayr. L.R. II. 7. 4 Nr. 4.

[14] Vgl. die M. I. Bd. III. S. 479, 480, welche zwar nicht dem Nießbraucher, aber dem Erbbauberechtigten die Befugniß einräumen und zwar auf Grund des § 751 II I. E. (§ 928 I II. E.) jetzt § 1017 I B.G.B.

[15] Für Dienstbarkeiten an Grundstücken oder diesen gleichbehandelten Rechten kommen der öffentliche Glaube des Grundbuchs (s. oben § 128 Zff. 1) für den Nießbrauch an beweglichen Sachen die Vorschriften der §§ 1032², 929², 930—936 in Betracht; hierüber s. unten § 174. Wichtig ist auch die Rechtsvermuthung des § 1058 B.G.B., wonach im Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer zu Gunsten des gutgläubigen Nießbrauchers der Besteller als Eigenthümer gilt.

[16] Glück, Commentar IX. 64; Windscheid § 212, 1; Bayr. L.R. II. 7. 3 Nr. 1; Pr. L.R. I. 21. 1; I. 22. 13.

[17] Notariatsgesetz Art. 14. Die Eintragung von Personalservituten in das Hypothekenbuch erfolgt nur zur Sicherstellung des Ranges den Hypothekgläubigern gegenüber oben Note 1. Prädialservituten werden nach Bayrischem

schem Recht ist zur vertragsmäßigen Errichtung von Peronalservituten, die sich auf Mobilien beziehen, Schriftlichkeit erforderlich, soweit sie einen höheren Wert als 150 Mark haben [18]. Die Frage, ob bei vertragsmäßiger Errichtung von Servituten der Vertrag genüge [19] oder ob Quasitradition erforderlich sei [20], wird jetzt in Theorie und Praxis überwiegend im ersteren Sinne beantwortet.

Nach B.G.B. ist bei Grundstücken oder einem diesen gleichbehandelten Rechte zur Entstehung einer Dienstbarkeit außer dem dinglichen Vertrage noch die Eintragung der Dienstbarkeit in das Grundbuch erforderlich [21]. Der dingliche Vertrag kann formlos geschlossen werden [22], ebenso der obligatorische Vertrag, durch den sich jemand zur Bestellung einer Dienstbarkeit verpflichtet [23]. Der dingliche

---

Recht überhaupt nicht eingetragen. — Nach Pr. L.R. I. 5. 135 genügte bei Grundgerechtigkeiten schriftliche Errichtung Förster Eccius, P. P.R. § 187, 7. Die Vorschrift Regensburger W.G.O. XI. und Augsburg B.O. II. 2. 24, daß zur Errichtung von Hausdienstbarkeiten Genehmigung des Raths erforderlich sei, scheint mir eine bloß administrative Anordnung zu sein, der privatrechtliche Wirksamkeit nicht zukommt.

[18] Pr. L.R. I. 5. 131.

[19] Dieß ist gemeinrechtlich jetzt die herrschende Meinung Elvers, Servituten 697 a; Schönemann, Servituten § 38, 18; Windscheid § 212, 1; Arndts § 188, 1; Sintenis, C.R. § 64, 15; Lang, Sachenrecht § 72, 12; Erk. Darmstadt 28/1 1857 Sf. XII. 30. Dafür entscheidet sich auch bei Prädialservituten die Preußische Praxis Förster Eccius § 187, 22 und 28. Die Mitunterzeichnung eines bezüglichen Planes seitens der Nachbarn genügt aber nicht: Samml. XIII. 201.

[20] Diese Ansicht vertreten für das gemeine Recht Glück, Commentar IX. 65; Vangerow § 350, 1; Brinz, Pandekten (2) § 197, 9; Seuffert, Pandekten § 174, 4; Erk. Dresden 14/8 1861 Sf. XV. 5; Wiesbaden 16/10 1863 Sf. XX. 110. Für das Bayrische Recht Kreittmayr, Anm. 1 c zu L.R. II. 7. 4; Anm. c. zu L.R. II. 7. 9 Nr. 1 und II. 3. 8 Nr. 1: „Bei servitutibus, welche peractum erlangt werden, ist inter promissionem et constitutionem zu distinguiren, denn die letztere wird nicht durch das bloße Versprechen, sondern erst mittelst der Uebergab zu Stand gebracht."

[21] § 873 I, 1017 B.G.B.; Art. 63, 68 E.G. z. B.G.B. Vgl. oben § 128, 3 und 4 und Reatz S. 502 Nt. 2. Der dingliche Vertrag, d. h. die Einigung des Berechtigten und des anderen Theils über die Begründung der Dienstbarkeit kann natürlich auch mit anderen Rechtsgeschäften verbunden werden.

[22] Vgl. oben § 128 zu Nt. 42; jedoch auch § 873 II und dazu oben § 128 zu Nt. 45—48.

[23] arg. §§ 313, 314 B.G.B.

Vertrag kann auch der Eintragung nachfolgen[24]. Er wird durch rechtskräftiges Erkenntniß, welches den einen oder anderen Theil zur Abgabe der entsprechenden Willenserklärung verurtheilt, ersetzt[25]. Mit der Eintragung in das Grundbuch entsteht die Dienstbarkeit, soferne nur zu dieser Zeit ein rechtswirksamer dinglicher Vertrag vorliegt[26]. Ueber die Bestellung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen s. unten § 174.

b. Indirekt entweder durch Vorbehalt bei Personalservituten[27] und bei Prädialservituten von Seite des Eigenthümers bei Veräußerung des Grundstücks, welches dadurch das dienende wird[28], oder durch Verfügung von Seite des Eigenthümers des Grundstücks, welches dadurch das dienende wird (Widmung)[29]. Vorbehalt und Widmung können gemeinrechtlich auch stillschweigend geschehen[30], und es wird dieß namentlich angenommen, wenn der Eigenthümer zweier Grundstücke, deren eines dem andern durch eine Anlage oder Vorrichtung dient, das Eigenthum eines dieser Grundstücke an einen anderen oder beider Grundstücke an verschiedene Personen überträgt, ohne daß die Anlage oder Vorrichtung besei-

---

[24] Vgl. oben § 128 zu Nt. 42.

[25] § 779 R.C.P.O.; vgl. auch oben § 162a, 57.

[26] § 973¹ B.G.B., und oben § 128 zu Nt. 20; § 162a, 76.

[27] So Vorbehalt einer Personalservitut bei Veräußerung eines Objekts Sammlung V. 36; VI. 225.

[28] l. 3 pr. D. 8. 4; Glück, Commentar IX. 70; Elvers, Servituten 712, Windscheid § 212, 10; Sintenis, C.R. § 65, 4; Erk. Jena 22/1 1839 Sf. IV. 297; Wiesbaden 1858 Sf. XX. 209; Bl. VII. 296. In diesem Fall ist auch nach Bayrischem Landrecht Tradition nicht erforderlich Sammlg. VI. 197. Anders construirt dieß Windscheid § 212, 12, indem er annimmt, die Dienstbarkeit werde hier von dem Erwerber des dienenden Grundstücks bestellt.

[29] l. 3 D. 8. 4; Haertel de servitutibus § 39; Glück, Commentar IX. 70, 92; Vangerow § 350, Anm. 2. 3; Sintenis, C.R. § 64, 5; Erk. Wolfenbüttel 20/12 1870 Sf. XXV. 201. Nach Regensburg W.G.O. XI. 3 liegt in dem Zumauern aller Fenster einer nach der Seite des Nachbars gerichteten Wand ein Verzicht auf Fensteranlage nach dieser Seite und demnach die Begründung einer Dienstbarkeit: Bl. XXXIV. 128 und unten § 169.

[30] Windscheid § 212, 13. Dieß ist nicht zulässig nach Preußischem Recht, nach welchem bei Bestellung von Servituten ein schriftlicher Vertrag geschlossen werden muß Förster Eccius § 183, 7 und nach B. G. B.; vgl. Jakubezky S. 254.

tigt wird [31], und wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die bisher von dem Eigenthümer geübte Benützung des einen Grundstücks zu Gunsten des anderen für das letztere unentbehrlich ist [32].

2. Durch letztwillige Verfügung, indem der Testator an einer Erbschaftssache ein Servitut zu Gunsten eines Dritten bestellt [33]. **Nach B.G.B. begründet das Vermächtniß einer Dienstbarkeit stets nur eine obligatorische Verpflichtung des Belasteten auf Abschluß des dinglichen Vertrages über die Begründung der Dienstbarkeit und auf Eintragung in das Grundbuch** [34].

III. Richterliche Verfügung. Der Richter kann die Bestellung einer Dienstbarkeit anordnen im Theilungsverfahren [35],

---

[31] l. 36. 37 D. 8. 2; Windscheid § 212, 13; Erk. Berlin 7|6 1875 Sf. XXXI. 119; München 2|12 1878 Sammlg. VII. 279; 3|2 1880 Sf. XXXV. 278; Ulm B.O. VIII. 5; Memmingen B.O. XII. 4. „Im Fall aber ein Burger Bey- oder Inwohner zwo oder mehr Eigenthumliche Behausungen an- bei- und hinder einander liegend hätte, und under solcher Zeit seines Eigenthumlichen Innhabens an deß einen Hauses Mauer oder Wand und desselben Trauf einen Anstoß oder Anbau machte und solch Haus darmit beschwerte, nachfolgends aber solch beschwerdte Haus mit dieser Beschwerung oder Servitut verkaufte, so solle dieser Anstoß für kein Vergünstig sondern vielmehr für ein Dienstbarkeit und Servitut zu achten und zu halten sein; Also daß solch Haus diese Servitutem zu ewigen Zeiten oder so lang solcher Bau in esse verbleibt zu haben und zu tragen schuldig ist."

[32] l. 86 D. 8. 2; Erk. Stuttgart 25|6 1844 Sf. XIII. 212; Wiesbaden 1858 Sf. XX. 209; Cassel 1863 Sf. XXI. 105; Berlin 7|6 1875 Sf. XXXV. 119. Auch ohne diese Voraussetzung nimmt Kreittmayr, Anm. d zu L.R. II. 7. 3 die Möglichkeit stillschweigender Bestellung an: „Da nämlich jemand zweierley Güter inn hat, deren eins dem andern z. E. mittelst des Durchtriebs, Weidbesuchs oder sonst reellen Nutzen verschafft, so lange nun diese zwei Güter unter einem Herrn beisamen seynd, können sie darum nicht wohl einander dienen, weil zu einer wahren Dienstbarkeit nicht nur zwei praedia, sondern auch obverstandenem principio nach, quod res propria nemini serviat, allemal zwei differente Herrschaften von beiden Gütern erfordert werden . . . . . falls nun eins oder gar alle beide mittelst der Veräußerung unterschiedliche Herrn überkommen, so erwachset der nemliche Durchtrieb, Weidbesuch oder anderer Nutzen, welchen man vorhero von einem Gut auf dem andern jure dominii genossen hat, per alienationem ipso facto zur förmlichen Servitut."

[33] l. 6 pr. D. 7. 1; Glück, Comment. IX. 71; Elvers, Servituten 717; Bayr. L.R. II. 7. 3 Nr. 1; Förster Eccius § 186, 130; § 187. Ia.

[34] § 2174 B.G.B.

[35] l. 6 § 1 D. 7. 1; l. 18 D. 10. 3; Windscheid § 214, 1; Kreittmayr,

und wenn das eine Grundstück ohne die einem anderen Grundstück aufzulegende Servitut unbrauchbar sein würde (Nothservitut)[36]. Der gewöhnlichste Fall ist der des Nothwegs[37]; es steht jedoch nichts entgegen, das zu Grund liegende Prinzip, wie dieß im Preußischen Recht geschehen ist[38], auch auf andere Fälle anzu-

---

Anm. c zu Bayr. L.R. II. 7. 3. Nach Preußischem Recht ist dieser Entstehungsgrund nicht gegeben, ebenso nicht nach B.G.B. vgl. oben § 158, 3.

[36] Die Nothservitut setzt Begründung durch Richterspruch voraus. Gegen die negatorische Klage ist die Einrede des Nothwegs nicht gegeben Erk. Kiel 11/8 1860 Sf. XIV. 114; Jena 3/3 1840 Sf. VI. 156; Cassel 25/5 1850 Sf. XIII. 211.

[37] Glück, Commentar IX. 101; Arndts § 131 Anm.; Seuffert, Pandekten § 123, 11; Mittermair, P.R. § 127. III; Stobbe, P.R. § 85 Nr. 1; Förster Eccius § 187, 14; Roth, D. P.R. § 268, III. Dem B.G.B. ist nur das Institut des Nothweges bekannt; vgl. über dieses oben § 146, 14. Jedoch ist auch Art. 124 E.G. z. B.G.B. zu beachten, wonach landesgesetzliche Vorschriften unberührt bleiben, welche das Eigenthum an Grundstücken zu Gunsten der Nachbarn noch anderen als den im B.G.B. bestimmten Beschränkungen unterwerfen; vgl. dazu oben § 139, 12.

[38] Pr. L.R. I. 22. 3—10: „Auch solche Einschränkungen muß jeder Grundbesitzer sich gefallen lassen, ohne welche ein anderes Grundstück ganz oder zum Theil völlig unbrauchbar sein würde. Für dergleichen zum Gebrauche eines Grundstücks nothwendig gewordene Vergünstigungen kann der Eigenthümer des belasteten Grundstücks billige Vergütung fordern. Bei Bestimmung dieser Vergütung muß auf den Schaden, welchen das belastete Grundstück durch die nothwendige Einschränkung leidet, Rücksicht genommen werden. Können die Interessenten sich darüber nicht einigen, so muß die Vergütung auf eine jährliche dem belasteten Grundstücke von dem Begünstigten zu leistende Abgabe bestimmt werden. Die Bestimmung selbst geschieht alsdann durch Schiedsrichter, wozu jeder Theil Einen vorschlägt und der Richter den Obmann ernennt. Durch willkürliche Veränderungen in der Gestalt Hauptbestimmung oder Nutzungsart seines Grundstücks kann Niemand den Andern zu dergleichen Einschränkungen verpflichten. Doch dürfen Begünstigungen, welche zu erheblichen Verbesserungen eines andern Grundstücks nothwendig sind, insofern nicht versagt werden, als der Eigenthümer dadurch in dem bisherigen freien Gebrauche seiner Sache nicht gestört noch an nützlichen Verbesserungen, die er selbst in dieser Sache vornehmen könnte, gehindert wird. Sowohl die Belastungen dieser Art (§ 7. 9) als die nach § 4. 5. 6 zu leistende Vergütung dauern nur solange, als die Nothdurft des begünstigten Grundstücks vorhanden ist." Böle, die nothwendigen Servituten Arnsberg. Archiv I. 25; Koch, Schles. Archiv IV. 200; Koch, Recht der Forderungen III. § 209; Förster Eccius § 187, 10.

wenden[39]. Es wird dabei vorausgesetzt, daß das Grundstück[40], für welches die Dienstbarkeit in Anspruch genommen wird, ohne Auflegung derselben nicht bestimmungsgemäß gebraucht werden könnte[41], ohne daß jedoch dieses Verhältniß als durch willkürliche Anordnungen von Seite des Prätendenten herbeigeführt erscheint[42]; ferner daß die Verpflichtung nach den Umständen gerade für den Beklagten begründet sei[43], und daß der Erwerber die durch den Richter bestimmte Entschädigung leiste[44]. Nach Bayrischem Recht kann eine Servitut auch durch Verfügung der Verwaltungsbehörde bestellt werden. Wenn nämlich bei Beseitigung des Weiderechts auf fructificirten Aeckern und gehegten Wiesen[45], bei Ablösung des Weiderechts auf künstlich bewässerten nassen oder durchbrüchigen Wiesen[46] und bei einseitigem Austritt eines Theilnehmers aus der Koppelhut[47] dem bisher Berechtigten die Ausübung der Weide=

---

[39] Allgemein also nicht beschränkt auf den Nothweg halten Servitutbestellung durch Richterspruch bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen für zulässig: Glück, Commentar IX. 101, 69; Holzschuher, Theorie § 99, 2; Koch, Recht der Forderungen III. § 209, 3; Erk. Stuttgart 2/7 1829 Sf. I. 177; Jena 3/2 1840 Sf. VI. 140; Jena 3/3 1840 Sf. VI. 156; Cassel 25/5 1850 Sf. XIII. 211; Berlin 27/9 1859 Sf. XVI. 12.

[40] Zum Zweck des Gebrauchs einer Grundgerechtigkeit ist der Anspruch nicht gegeben Bl. XIII. 268; Förster Eccius § 187, 11. Der Anspruch ist auch für praedia urbana gegeben Erk. Darmstadt 19/3 1858 A. f. Pr. R.W. VI. 463.

[41] Der Anspruch ist für eine nicht gewöhnliche Benützung nicht gegeben Erk. Lübeck 28/5 1867 Sf. XXXIII. 3 (Weg von einem neu aufgeführten Bau zu einem Schlachthaus). Der Petent muß in dem ordnungsmäßigen Gebrauch seines Grundstücks gehindert sein; zum Behuf einer Erhöhung der Nutzbarkeit desselben ist der Anspruch nicht gegeben Glück, Commentar IX. 102; Erk. Dresden 1851 Sf. IV. 204; Stuttgart 22/11 1859 Sf. XIII. 210; Berlin 8/7 1872 Sf. XXVII. 8.

[42] Erk. Stuttgart 22/11 1859 Sf. XIII. 210; Darmstadt 19/3 1858 A. f. Pr. R.W. VI. 463; Pr. L.R. I. 22. 8.

[43] Dieser muß daher mit der Einrede gehört werden, daß die Servitut bequemer und weniger lästig dem Grundstück eines andern Adjacenten auferlegt werden könne Berlin 27/9 1859 Sf. XVI. 12; Förster Eccius § 187, 3.

[44] Glück, Commentar IX. 203; Erk. Stuttgart 2/9 1829 Sf. I. 177; Berlin 27/9 1859 Sf. XVI. 12; Pr. L.R. I. 22. 3—6 Förster Eccius § 187, 11.

[45] Weidegesetz Art. 3 vgl. unten § 179, 23 f.

[46] Weidegesetz Art 7, 2. Vgl. unten § 179, 62. Gedeckt durch Art. 163 E.G. z. B.G.B.

[47] Weidegesetz Art. 37. Vgl. unten § 179, 16.

befugniß an anderen Grundstücken oder der benöthigte Viehtrieb auf eigne Grundstücke unmöglich gemacht würde, so muß demselben der erforderliche Durchtrieb auf den befreiten Grundstücken unentgeltlich [48] eingeräumt werden. Die Bestimmung des Triebwegs in Bezug auf Richtung und Breite sowie auf die Dauer der Benutzung erfolgt, wenn sich die Betheiligten nicht gütlich verständigen, durch die Administrativbehörde unter Beiziehung von Sachverständigen, wobei auf die möglichst geringe Belästigung der von der Weide befreiten Grundstücke Bedacht zu nehmen ist [49].

IV. Expropriation. Das Bayrische Recht läßt Begründung einer Dienstbarkeit im öffentlichen Interesse durch Zwangsenteignung zu [50]; speziell ist dieß ausgesprochen hinsichtlich der Anlegung von Kiesgruben und Steinbrüchen auf Privatgrundstücken zum Chausseebau [51] und Auflegung einer Servitut im öffentlichen Interesse hinsichtlich einer von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Zuleitung, Wegleitung oder Abwendung des auf einem Grundstück entspringenden oder darauf sich natürlich sammelnden Wassers [52]. Ebenso kann der Eigenthümer eines Grundstücks gezwungen werden, behufs der Bewässerung und Entwässerung zum Zwecke der Bodenkultur die Zuleitung oder Ableitung des Wassers über dasselbe zu gestatten [53], und der Ufereigenthümer, der für die Benützung des ihm zustehenden Wassers für die Bewässerung seiner Grundstücke ein Stauwerk errichten will, kann gegen vorgängige volle Entschädigung von dem Eigenthümer des jenseitigen Ufers die Benützung desselben zum Aufschlusse des Werks in Anspruch nehmen [54].

V. Ersitzung [55]. Durch Ersitzung können nach bisherigem

---

[48] Pözl, Comment. zum Weidegesetz S. 394.

[49] Weidegesetz Art. 3.

[50] Expr.Ges. 17/11 37 Art. 1: „Eigenthümer können angehalten werden, unbewegliches Eigenthum für öffentliche nothwendige und gemeinnützige Zwecke .... mit einer Dienstbarkeit beschweren zu lassen, letzteres jedoch nur insoferne der Eigenthümer nicht vorzieht, auf Abtretung des zum Zweck der Dienstbarkeit in Anspruch genommenen Theiles seines Grundeigenthums zu bestehen." Vgl. oben § 141, 38. — Diese Vorschriften sind gedeckt durch Art. 109 E. G. z. B. G. B.

[51] Vgl. oben § 141, 13.

[52] Wassergesetz Art. 36.

[53] Wassergesetz Art. 89.

[54] Wassergesetz Art. 86.

[55] Vgl. Muther, Ersitzung der Servituten 1852; Unterholzner, Verjäh-

Rechte sowohl persönliche[56] als Grunddienstbarkeiten[57] erworben werden, und es ist bei letzteren auch nicht zwischen positiven und negativen[58], sowie zwischen ständigen und unständigen Dienstbarkeiten[59] zu unterscheiden. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

1. Die Ersitzung kann eine ordentliche oder außerordentliche

---

rungslehre § 195—216; Elvers, Servituten § 68; Windscheid § 213; Förster Eccius § 187, 31. Für Forstrechte, deren Neubegründung jetzt allgemein untersagt ist, sprach Bl. XIV. 351 die Möglichkeit der Erwerbung durch Herkommen aus, wenn sich nämlich für ganze Distrikte die Rechtsregel bilde, daß die Bewohner derselben für ihre Güter mit gewissen Forstbezügen um bestimmte Preise zu versehen seien. Ueber die Unterscheidung des gewohnheitsrechtlichen Herkommens von der Ersitzung vgl. oben § 9, 22 f. Ueber Servitutenersitzung gegenüber Familienfideicommissen s. E. d. R.G. XIX. 266 ff.; Sf. Arch. XLIII. 129; Bl. IX. E.B. 299; gegenüber Lehen XXI. 304.

[56] Es ist dieß jetzt allgemein anerkannt Unterholzner, Verjährungslehre § 207; Windscheid § 213, 10; Vangerow § 351 Anm Nr. 4. Damit stimmen Bayr. L.R. II. 9. 2 und Pr. L.R. I. 21. 7 überein.

[57] Windscheid § 213, 10; Wächter, Pandekten § 159, 17; Arndts § 189 Anm. 1; vgl. unten Note 58; Pr. L.R. I. 22. 13.

[58] Gemeinrechtlich zieht für Prohibitivservituten die Möglichkeit der Ersitzung in Abrede Bessel A. f. C.Pr. XIII. 410; diese Ansicht ist aber allgemein verworfen Vangerow § 351 Anm Nr. 4; Windscheid § 213, 10, insbesondere auch durch B.L.R. II. 7, 5 und Pr. L.R. I. 22, 14.

[59] Die ältere Ansicht nahm bei unständigen Servituten Nothwendigkeit der Immemorialverjährung an Glück, Commentar IX. 148 und die dort Citirten. Für das gemeine Recht ist dieß jetzt allgemein verworfen, und es ist jetzt angenommen, daß unständige Dienstbarkeiten der ordentlichen Ersitzung unterliegen Savigny, System IV. 498; Vangerow § 351 Anm. 3; Windscheid § 213, 3. In mehreren Rechtsgebieten des gemeinen Rechts war die ältere Auffassung durch die Praxis recipirt und wurde als gewohnheitsrechtliche Feststellung behandelt, so in Kurhessen Pfeiffer, Pr. Ausf. II. 114, VII. 254; Erk. Cassel 12/9 1863 Sf. XVIII. 17; in Nassau Flach, Entsch. II. 1. A. f. Pr. R.W. III. 51, 1, und in Neuvorpommern Erk. Berlin 16/1 1877 F. M. VIII. 30; allein durch die Rechtssprechung ist neuerdings festgestellt, daß diese nur auf irriger Auslegung der Quellen beruhende Auffassung auf Anerkennung keinen Anspruch habe, so für Kurhessen Erk. Berlin 6/10 1875 Sf. XXXI. 120 und 13/3 1879 Sf. XXXV. 7 und allgemein Erk. R.G. 26/10 1880 Entsch. III. 59. Das Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 3 läßt bei unständigen Dienstbarkeiten die ordentliche Ersitzung zu, statt der außerordentlichen Ersitzung jedoch nur Immemorialverjährung. Vgl. unten § 170. Nach Preuß L.R. I. 9. 649 ist bei unständigen Dienstbarkeiten nur die außerordentliche Ersitzung gegeben Förster Eccius § 177, 125.

sein[60]. Gemeinrechtlich findet die letztere nur statt an Sachen, die der ordentlichen Ersitzung entzogen sind[61]; nach Bayrischem und Preußischem Landrecht ist jedoch nach Analogie der Eigenthumsersitzung auch eine titellose außerordentliche Ersitzung der Servituten gegeben[62].

2. Gemeinrechtlich ist zur Ersitzung der Servituten kein Titel[63], aber guter Glaube[64] erforderlich, welcher letztere jedoch präsumirt wird, so daß der Gegentheil den Beweis der Unredlichkeit führen muß[65]. Dagegen ist nach Bayrischem[66] und Preußischem Land-

[60] Elvers, Servituten 749; Windscheid § 213, 9; Sintenis C.R. § 64, 44. Dieß ist auch im Bayrischen und Preußischen Landrecht anerkannt.

[61] Unterholzner, Verjährungslehre § 204; Windscheid § 213, 9; Seuffert, Pandekten § 175, 6; Erk. München 9/7 1849 Sf. V. 144; Jena 28/2 1832 Sf. VI. 140; 6/5 1864 Sf. XVIII. 14; Rostock 15/6 1857 Sf. XIII. 131; Berlin 28/5 1861 Sf. XIV. 271; Oldenburg 1864 Sf. XVIII. 213; Wolfenbüttel 23/1 1877 Sf. XXXII. 108; Berlin 5/6 1879 Sf. XXXV. 6 (Hessen). A. M. Puchta, Pandekten § 188m und Brinz, Pandekten (2) § 197, 18, die in diesen Fällen die ordentliche Ersitzung zulassen und Vangerow § 351 Anm. Nr. 5, der die Servitutenersitzung an solchen Sachen ganz ausschließen will.

[62] Vgl. unten Note 68.

[63] Dieß ist jetzt die gemeine Meinung Unterholzner, Verjährungslehre § 212. I; Elvers, Servituten 741; Windscheid § 213, 7; Sintenis, C.R. § 64, 42 Nr. 3; Erk. München 16/7 1847 Sf. I. 408; Präjudiz Darmstadt 1835 Nr. 97; Lübeck 17/6 1845 Sf. IV. 132; Berlin 17/11 1868 Sf. XXXIV. 19; Wolfenbüttel 9/3 1871 Z.Br. XIX. 207. A. M. Muther, Servitutenersitzung § 13, der gemeinrechtlich das Vorhandensein eines Titels zur ordentlichen Ersitzung für erforderlich hält.

[64] Ob schon nach römischem Recht guter Glaube erfordert wurde, ist bestritten; dafür sprechen sich aus Glück, Commentar IX. 133; Unterholzner, Verjährungslehre § 212. II; Elvers, Servituten 749; nach der gewöhnlichen Meinung ist dieses Requisit erst durch das canonische Recht aufgenommen Windscheid § 213, 6; Sintenis, C.R. § 64, 42 Nr. 2; Vangerow § 351 Anm. Nr. 3, und es wird das Erfordernis jetzt von den meisten anerkannt Erk. Lübeck 17/6 1845 Sf. VIII. 348; 30/6 1863 Sf. XVI. 176; Dresden 15/6 1855 Sf. X. 235; Celle 20/2 1861 Sf. XVI. 9; München 27/7 1877 Sammlg. VI. 299; 14/11 1879 Sf. XXXV. 192; 22/4 1892 Sf. XLVIII. 7; Bl. LVIII. 45. Gegen das Erforderniß des guten Glaubens erklären sich Puchta, Pandekten § 188m; Seuffert, Pandekten § 175, 3; Brinz, Pandekten (2) § 197, 13.

[65] Windscheid § 213, 7; Erk. München 16/7 1847 Sf. I. 408; Lübeck 17/6 1845 Sf. VIII. 348; 30/6 1863 Sf. XVI. 176; Celle 20/2 1861 Sf. XVI. 9.

[66] Nach Bayr. L.R. II. 9. 2 Nr. 1 wird zur Ersitzung von Personalservituten ein Titel vorausgesetzt. Nach Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 1 ist zur Ersitzung von ständigen Grundgerechtigkeiten Titel oder scientia et patientia domini erforderlich Bl. XV. 297; LII. 390.

recht[67] außer gutem Glauben auch richtiger Titel erforderlich, und nur bei der außerordentlichen Ersitzung ist das Vorhandensein des richtigen Titels nicht geboten[68].

3. Voraussetzung ist juristischer Besitz der Dienstbarkeit[69], und daß dieser fehlerlos erworben[70] und ausgeübt[71] sei, also nicht heimlich[72], nicht gewaltsam[73] und nicht durch bloße Vergünstigung[74].

---

[67] Nach Pr. l. 21. 7 und I. 22. 13 kommen die für die ordentliche Ersitzung überhaupt geltenden Grundsätze bei der Servitutenersitzung zur Anwendung Förster Eccius § 186, 130; § 187, 31, und es ist namentlich das Erforderniß des Titels anerkannt Förster Eccius § 187, 47.

[68] Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 2; II. 9. 2 Nr. 1; Pr. L.R. I. 9. 625 Gruchot VIII. 203, 3.

[69] Vangerow § 351 Anm. Nr. 3; Muther, Servitutenersitzung § 29; Sachsen B.G.B. § 578; Pr. L.R. I. 22. 14. Durch Pl.B. 27|8 1838 Entsch. IV. 169 ist festgestellt, daß hier die allgemeinen in Pr. L.R. I. 9. 627 bestimmten Grundsätze zur Anwendung kommen Förster Eccius § 187, 35. Es muß dabei die opinio juris vorliegen l. 25 D. 8. 6; Erk. Jena 11|7 1839 Sf. V. 255; Darmstadt 23/6 1866 Sf. XX. 211; Dresden 12/4 1866 Sf. XX. 212; Oldenburg 1850 Sf. XXIII. 75; Wolfenbüttel 16|3 1869 Sf. XXIII. 210; Stuttgart 26|11 1870 Sf. XXV. 9; Berlin 14|11 1878 Sf. XXXIV. 282; 1|5 1879 Sf. XXXV. 5; Braunschweig 22|9 1890 Sf. XLVI. 171; 21|9 1892 Sf. XLIX. 10; Bl. LII. 389; LV. 60 Samml. XI. 319, 725. Diese opinio juris wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß sich der Ausübende für den Eigenthümer hält oben § 132, 15. Wenn die Beschaffenheit der Handlung nicht entgegensteht, so braucht die Absicht der Rechtsausübung nicht erwiesen zu werden Erk. Kiel 26|10 1859 Sf. XIV. 14; 8|1 1862 Sf. XV. 185; Rostock 15|6 1857 Sf. XIV. 14; Celle 28|2 1865 Sf. XX 19. Nach Bayr. L.R. II. 7. 5. Nr. 4 wird Ausübung jure servitutis vorausgesetzt Sammlg. I. 148. Auch dadurch wird die Ersitzung nicht ausgeschlossen, daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks das dienende pachtet: E. d. R.G. XXII. 188; Sf. Arch. XLIII. 245.

[70] Bl. XVI. 334; Erk. München 16|7 1847 Sf. I. 408.

[71] l. 1. § 23 D. 39. 3; Windscheid § 213, 5. Die Ausübung kann auch durch Mittelspersonen geschehen z. B. durch Pächter Erk. Jena 1828 Sf. XXIII. 214; Rostock 14|1 1867 Sf. XXIV. 191 (s. dazu auch E. d. R.G. XXV. 191 und Erk. Kassel 6|3 1891 Sf. Arch. XLVII. 188 über Mittelspersonen ohne Repräsentationsverhältniß), wobei nicht wie bei der Ausübung des Eigenthums Kenntniß des Principals vorausgesetzt wird Erk. Jena 1|3 1861 Sf. XXIV. 218; nach Erk. Braunschweig 29|5 1885 Sf. XLIII. 7 ist aber auf Seite des Eigenthümers Rechtsausübungsabsicht erforderlich; ebenso verlangt Erk. Kiel 23|11 1893 Sf. Arch XLIX. 237 Kenntniß des Vertretenen oder wenigstens dessen Vertreters wegen des Erfordernisses der bona fides.

[72] Zur Heimlichkeit reicht nicht hin, daß der Gegner keine Kenntniß hatte, die Ausübung muß ihm vielmehr verheimlicht worden sein Seuffert, Pandekten

Der Beweis der Fehlerhaftigkeit ist von dem Beklagten zu erbringen, insoferne die Besitzhandlungen, auf welche Kläger seine Ansprüche stützt, nicht an sich als fehlerhafte sich darstellen[75].

§ 175, 9; Erk. Kiel 29/11 1854 Sf. IX. 130; Celle 23/10 1867 Sf. XII. 251; Darmstadt 26/2 1867 Sf. XXI. 106. E. d. R.G. XXV. 147; Sf. XLVI. 6 Samml. XI. 727. Die ältere Theorie nahm an, daß nach l. 2 Cod. 3. 34 scientia et patientia domini erforderlich sei Glück, Comment. IX. 141 88 f. die bei Gruchot, Beiträge VIII. 47 Citirten; die neuere Theorie und Rechtssprechung hat sich dagegen erklärt Elvers, Servituten 742, 2; Vangerow § 351 Nr. 2; Erk. Kiel 29/11 1854 Sf. IX. 130; Lübeck 21/9 1824 Sf. XV. 109; Darmstadt 26/1 1867 Sf. XXI. 106; München 28/2 1880 Sf. XXXV. 190. Nach Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 1 ist das Erforderniß der scientia et patientia jedoch anerkannt vgl. oben Note 54, und das Gleiche nimmt die Preußische Praxis auf Grund der Bestimmung L.R. I. 7. 81 an Förster Eccius § 187, 47.

[73] Als gewaltsam ist schon der gegen den Widerspruch des Eigenthümers geübte Besitz anzusehen Windscheid § 213, 5; Seuffert, Pandekten § 175, 7; Lang, Sachenrecht § 74, 5; Erk. Dresden 23/5 1850 Sf. IV. 15; 15/6 1855 Sf. X. 235; 10/8 1862 Sf. XVII. 13; Lübeck 27/10 1851 Sf. VI. 154; Oldenburg 1850 Sf. XXIII. 17; Wolfenbüttel 7/12 1869 Sf. XXIV. 107; R.G. 13/1 1880 Sammlg. I. 43. Entscheidend ist der Widerspruch des Eigenthümers, nicht der seiner Familienangehörigen Erk. München 24/2 1874 Sf. XXXI. 315.

[74] Glück, Commentar IX. 134; Erk. Wolfenbüttel 23/6 1871 Sf. XXV. 221; Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 4; „Ist in allen Verjährungen deren Dienstbarkeiten ohne Unterschied, ob sie unterbrochen- oder ununterbrochenen Gebrauchs seind, erforderlich, daß man sich derselben nicht aus bloßen nachbarlichen Vertrauen und Freundschaft sondern in Meinung eine rechtliche Befugniß dadurch zu erlangen (non ex precario vel mera familiaritate, sed jure servitutis) gebraucht habe, welch letzteres jedoch niemal präsumirt wird, sondern bewiesen werden muß, es seie dann bereits ein lang- und wenigst zehnjähriger Gebrauch vorhanden, dann da muß der Gegentheil, welcher nur ein bloßes Precarium oder Familiarität daraus machen will, den Beweis auf sich nehmen." Pr. L.R. I. 22. 14. 15: „bei dieser letzten Erwerbungsart muß besonders nachgewiesen sein, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen, und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe." 15: „Ist zur Ausübung der von dem angeblich Berechtigten behaupteten Befugniß eine neue Anlage in dem belasteten Grundstücke gemacht worden, so gilt die Vermuthung, daß dem Begünstigten eine wirkliche Grundgerechtigkeit hat eingeräumt werden sollen." Förster Eccius § 187, 36.

[75] Elvers, Servituten 748; Windscheid § 213, 5; Seuffert, Pandekten § 175, 2; Erk. München 16/7 1847 Sf. I. 408; Lübeck 30/5 1855 Sf. XV. 108; Celle 15/9 1862 Sf. XVIII. 122; Wolfenbüttel 3/1 1873 Sf. XXVIII. 16; Jena Sf. XXXI. 208; R.G. 13/1 1880 Sf. XXXV. 191; Förster Eccius

4. Der Besitz muß die Ersitzungszeit hindurch ununterbrochen und ungestört gehandhabt worden sein. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

A. Die Ersitzungszeit beträgt

a. bei der ordentlichen Ersitzung gemeinrechtlich zehn Jahre unter Anwesenden und zwanzig Jahre unter Abwesenden [76], ohne Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien [77] und zwischen ständigen und unständigen Dienstbarkeiten [78]. Nach Bayrischem Landrecht beträgt jedoch die Ersitzungszeit bei erkauften Grunddienstbarkeiten fünf, bei anderen zehn Jahre unter Anwesenden und zehn und zwanzig Jahre unter Abwesenden, mit Titel oder Wissenschaft bei ständigen, mit Titel und Wissenschaft bei unständigen Dienstbarkeiten [79]. Nach Preußischem Landrecht beträgt bei der ordentlichen

---

§ 187, 36. Die Fehlerlosigkeit des Besitzes wird bis zum Beweis des Gegentheils präsumirt Erk. Celle 13|12 1842 Sf. X. 73. Dieß gilt nach Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 4 jedoch nur, wenn ein wenigstens zehnjähriger Gebrauch der Servitut vorliegt.

[76] l. 2 Cod. 3. 34; Windscheid § 213, 8; Sintenis, C.R. § 64, 43; Erk. München 16|7 1847 Sf. I. 408; Berlin 7|11 1868 Sf. XXXIV. 19; Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 1. 3. Ueber den Begriff der Abwesenheit vgl. oben § 156, 114.

[77] Windscheid § 213, 8.

[78] Vgl. oben Note 59.

[79] Bayr. L.R. II. 7. 5. „Soviel die Grunddienstbarkeiten in diesem Stück anlangt, ist 1° unter servitutibus continuis und discontinuis zu distinguiren. Jene werden unter Anwesenden inner zehn unter Abwesenden inner zwanzig Jahren präskribirt, sofern hierbei entweder ein hinlänglicher Ankunftstitul oder wenigst daß der Gegentheil solches gewußt und gestattet habe, genüglich bewiesen werden kann, anerwogen solch letzterenfalls scientia et patientia statt des Tituls dient. In vierzigjähriger Präskription aber braucht man 2° bei erwähnten Servitutibus continuis weder den Titul noch die gegentheilige scientiam et patientiam darzuthun, sondern beides wird durch die Länge der Zeit ersetzt. Discontinuae servitutes verjähren sich 3° eheunter nicht als nach unfürdenklicher Zeit, ausgenommen wenn man nebst einem tauglichen Titul auch verstandene scientiam et patientiam beweisen kann, dann da wird die Verjährung inner zehn und unter Abwesenden inner zwanzig Jahren vollbracht . . . . 5° Wird obgedachte Zeit deren zehen und respective zwanzig Jahren in Verjährung einer durch Kauf an sich gebrachter Dienstbarkeit hiesigen Landrecht nach auf die Helfte herunter gesetzt." Aus dem Text des Gesetzes geht zweifellos hervor, daß nach Bayrischem Landrecht bei ständigen Dienstbarkeiten Titel oder Kenntniß, bei unständigen Titel und Kenntniß erforderlich sei, und es beruht dieß auf der Bestimmung des L.R. 1016, XXVI. 5

Ersitzung der ständigen Dienstbarkeiten die Ersitzungszeit 10 Jahre unter Anwesenden und 20 Jahre unter Abwesenden [80]. Eine kürzere Verjährungsfrist ist nach Bayrischem Recht bestimmt für Dienstbarkeiten hinsichtlich des Ablaufs des auf dem Eigenthum gesammelten Wassers, welche in zehn Jahren ersessen werden [81]. Eine längere Verjährungszeit, nämlich von dreißig Jahren, ist erforderlich nach den Rechten von Nürnberg [82] und Amberg [83] für einzelne und nach dem von Rothenburg [84] für alle Dienstbarkeiten.

„es wäre denn, daß einer zu Behauptung einer solchen ununterbrochenen Dienstbarkeit sich auf eine Verjährung von zehn oder zwanzig Jahren wollte gründen. In solchen Fall muß er nit allein einen zu der Verjährung tauglichen Titel sondern auch, daß der Gegentheil sein Innhaben und Gebrauch der Dienstbarkeit gewußt zu gesehen und geduldet habe, beweisen und da solches geschieht, hat er auch die ununterbrochene Dienstbarkeit mit nutz und gewer verjährt und ersessen." In den Anmerkungen c zu Bayr. L.R. II. 7. 5 ist dagegen bei servitutes discontinuae Titulus vel patientia vorausgesetzt. was sich schon durch die Beziehung auf L.R. 1616 XXVI. als ein Druckfehler ergibt s. Reingruber, Abhandlungen 157 f. und Erk. 19/11 49 Bl. XV. 297, Ueber Personalservituten vgl Bayr. L.R. II. 9. 2. Nr. 1 unten Note 86.

[80] Pr. L.R. I. 22. 620. 621. Nach Preußischem Landrecht werden auf die Servitutenersitzung die allgemeinen Grundsätze der Ersitzung angewendet Dernburg, Pr. P.R. I. § 298, nach Note 2. Bei unständigen Dienstbarkeiten findet nur außerordentliche Ersitzung statt oben Note 59.

[81] Wassergesetz 28/5 52 Art. 37: „Durch Vertrag oder Verjährung können von den Bestimmungen der Art. 34 und 35 abweichende Verhältnisse festgesetzt werden. Zur Verjährung, insoferne sie nicht bei dem Eintritte der Wirksamkeit des gegenwärtigen Gesetzes bereits nach den bisherigen Rechtsgrundsätzen vollendet ist, wird ein zehnjähriger ununterbrochener fehlerhafter Besitzstand erfordert, von der Zeit an, wo eine Aenderung des bisherigen Zustandes bezüglich desjenigen, gegen welchen Verjährung geltend gemacht wird, durch künstliche Anlagen zum Abflusse zum Bezuge oder zur Abwendung des Wassers erkennbar bewirkt worden ist. Als Anlagen, welche hinsichtlich des Bezuges des Wassers die Verjährung zu begründen geeignet sind, werden nur solche betrachtet, welche der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks auf dem dienenden errichtet hat." Vgl. unten § 165, 1.

[82] Nürnberg Reform. XXVI. 3 bestimmt für das Lichtrecht eine Ersitzungszeit von dreißig Jahren, vgl. unten § 168, 16. Erk. 17/12 66 Bl. XXXI. 267 ist ausgesprochen, daß dieß auf alle Servituten Anwendung finde, obwohl das Gesetz dieß nicht ausdrücklich ausspreche. Die Note 83 und 84 angeführten Gesetze lassen dieß als wahrscheinlich erscheinen. Vermuthlich findet sich diese Ersitzungszeit auch in anderen gleichzeitigen Stadtrechten s. Feuerlein, de juribus aedificiorum § 5, 3.

[83] Amberg B.O. Art. 8, 10 und 33 bestimmt eine Ersitzungszeit von

b. Für die außerordentliche Ersitzung beträgt die Ersitzungszeit gemeinrechtlich 30 beziehungsweise 40 Jahre [85]; nach Bayrischem Landrecht der Personalservituten 30 Jahre [86], der ständigen Dienstbarkeiten 40 Jahre [87]; nach Preußischem Landrecht bei Personalservituten und ständigen Grunddienstbarkeiten 30 Jahre [88], bei unständigen Grunddienstbarkeiten 40 Jahre [89], bei Ersitzung von Dienstbarkeiten gegen Fiskus, Kirchen und die diesen gleichberechtigten Corporationen 44 Jahre [90].

B. Der Besitz muß während der ganzen Ersitzungszeit ununterbrochen fortgedauert haben, wobei der Nachfolger wie bei der Eigenthumsersitzung den Ersitzungsbesitz seines Vorgängers sich zurechnen kann [91]. Die Fortdauer des Besitzes ergibt sich aus der Ausübung [92]. Die Ausübung besteht bei den Dienstbarkeiten, welche eine Anlage oder Vorrichtung erfordern, in dem Vorhandensein derselben während der ganzen Ersitzungszeit [93]; bei Grunddienstbarkeiten, die auf ein Unterlassen einer Handlung des Eigenthümers

---

dreißig Jahren für die servitus oneris ferendi, das Fensterrecht und die Fahrgerechtigkeit.

[84] Rathsbescheid 9|10 1730 und 2|5 1731 Arnold II. 596.

[85] Dernburg I. § 147 E. d. R.G. XXIV. 193; Erk. Rostock 21|12 1893 Sf. L. 158; Bl. X. E.B. 124. Gemeinrechtlich ist die außerordentliche Ersitzung nur gegeben gegenüber solchen Objekten, die der ordentlichen Ersitzung entzogen sind oben Note 61. Vgl. über die einzelnen Fälle oben § 156, 1—3.

[86] Bayr. L.R. II. 9. 2 Nr. 1.

[87] Bayr. L.R. II. 7. 5 Nr. 2. Unständige Dienstbarkeiten sind nach Bayrischem Recht der außerordentlichen Ersitzung entzogen; an deren Stelle tritt Immemorialverjährung oben Note 59.

[88] Pr. L.R. I. 9. 625.

[89] Pr. L.R. I. 9. 649; Förster Eccius § 187, 61.

[90] Pr. L.R. I. 9. 629. 630.

[91] Savigny, System IV. 525; Unterholzner, Verjährungslehre § 214, 642; Seuffert, Pandekten § 175, 4 a; Lang, Sachenrecht § 74, 26; Erk. München 29|1 1844 Sf. I. 323. E. d. R.G. XXV. 190. Das Gleiche gilt nach Preußischem Recht Förster Eccius § 187, 53; Bl. XIII. 287 spricht aus, daß der Ersitzungszeitraum nicht gerade von der letzten Störung an zurückzurechnen sei, daß vielmehr auch der Nachweis einer früheren nicht unterbrochenen Sitzungsperiode genüge.

[92] Ueber die Frage, welche Handlungen als Ausübungshandlungen anzusehen seien, entscheidet das richterliche Ermessen Erk. Celle 14|10 1832 Sf. V. 254; Dresden 14|8 1862 Sf. XVII. 13.

[93] Erk. Dresden 15/11 1843 Sf. II. 262; Samml. XII. 99.

des dienenden Grundstücks gehen in der Nichtvornahme dieser Handlung während der ganzen Ersitzungszeit [94]; bei unständigen Dienstbarkeiten, welche zu einem Thun berechtigen, in der Vornahme der betreffenden Handlung [95]. In welchem Umfang bei nichtständigen Dienstbarkeiten Ausübungshandlungen erforderlich seien, um den Besitz als nicht unterbrochen erscheinen zu lassen, ist gemeinrechtlich bestritten, indem die einen einmalige Ausübung in jedem Jahr für erforderlich erklären [96], während die anderen es für genügend halten, wenn die Ausübungshandlungen nicht durch zu lange Zwischenräume getrennt sind [97], oder dreimalige Besitzhandlungen während der Ersitzungszeit fordern [98]. Das Preußische Landrecht setzt bei Dienstbarkeiten, welche gewöhnlich ausgeübt werden, Ausübung in jedem Jahr voraus, während bei Dienstbarkeiten, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, wenigstens drei Fälle der Ausübung erforderlich sind, und die Ersitzung unterbrochen wird, wenn eine Gelegenheit der Ausübung versäumt wird [99]. Nach besonderer gesetzlicher Bestimmung ist zur Ersitzung von Dienstbarkeiten an dem auf dem Eigenthum befindlichen Wasser eine Anlage zum Abfluß zum Bezug oder zur Abwendung des Wassers auf dem dienenden Grundstück erforderlich [100].

C. Der Besitz muß ungestört und ununterbrochen ausgeübt sein [101]. Die Ersitzung der Servituten wird wie die des Eigenthums unterbrochen [102].

---

[94] Erk. Stuttgart 13/9 1854 Sf. XIV. 13.

[95] Vgl. unten Note 96 f.

[96] Muther, Servitutenersitzung § 41; Erk. Celle 13|3 1842 Sf. I. 408; Dresden 29|4 1848 Sf. II. 141; 27|11 1862 Sf. XVII. 213; Wolfenbüttel 23|10 1834 Sf. XVI. 177; 7|9 1866 Sf. XXI. 217; 7|11 1848 Sf. XXIV. 35.

[97] Unterholzner, Verjährungslehre § 214, 644; Vangerow § 351 Anm. Nr. 1; Erk. München 16|7 1847 Sf. I. 408; Kiel 29|11 1854 Sf. IX. 129; Jena 23|7 1846 Sf. XVI. 177; Darmstadt 26|2 1867 Sf. XXI. 107; München 23|6 1894 Sf. L. 80; Bl. LIX. 408. Dieser Ansicht schließt sich Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 4. 5 und Anm. 5. b zu L.R. II. 5. 9 an.

[98] Holzschuher, Theorie § 112, 9; Erk. Dresden 29|4 1848 Sf. II. 141 Jena 23|7 1846 Sf. XIII. 82.

[99] Pr. L.R. I. 9. 596. 649. 651—654; Förster Eccius § 177, 78. 80.

[100] Wassergesetz Art. 37. Erk. 16|7 67 Bl *XXXI. 252.

[101] Seuffert, Pandekten § 175, 4; Erk. München 16|7 1847 Sf. I. 408; Dresden 23|5 1850 Sf. IV. 15.

[102] Windscheid § 213, 4. Nach Erk. R.G. 13|1 1880 Entsch. I. 43 reicht außergerichtlicher Widerspruch zur Unterbrechung hin.

5. Der Umfang der Servitut bestimmt sich nach dem Umfang des Besitzstandes während der Ersitzungszeit[103].

Nach B.G.B. ist die Ersitzung von Dienstbarkeiten an Grundstücken und diesen gleichbehandelten Rechten[104] nur im Wege der sog. Tabularersitzung zulässig. Für die Ersitzung von Dienstbarkeiten an beweglichen Sachen gelten in entsprechender Weise die Vorschriften über den Eigenthumserwerb durch Ersitzung[105].

§ 170.

II. Erlöschen der Dienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten erlöschen:

I. durch Untergang der dienenden Sache[1] oder dadurch, daß diese dem Verkehr entzogen wird[2], Personalservituten gemeinrechtlich auch durch völlige Umgestaltung des Objekts[3], was jedoch weder nach bayrischem und preußischem Landrechte noch im **B.G.B.** anerkannt ist[4];

---

[103] Es gilt der Grundsatz tantum praescriptum quantum possessum Seuffert, Pandekten § 175, 5; Erk. Wolfenbüttel 18|10 1839 Sf. XVII. 12; 27|1 1862 Sf. XVII. 12; Celle 14|5 1869 Sf. XXIII. 16; München 23|2 1875 Sammlung V. 237; Erk. R.G. 13|1 1880 Entsch. I. 43; Kreittmayr, Anm. f. zu L.R. II. 4. 5.

[104] § 900 Abs. 2 B.G.B. Es gelten hier die Vorschriften über die Tabularersitzung des Eigenthums in entsprechender Weise. Für den Rang der ersessenen Dienstbarkeit ist die Eintragung maßgebend. Die Zulassung der Ersitzung in anderer Weise widerstreitet dem Grundbuchsystem und auch praktischen Erwägungen; vgl. Reatz S. 502, Nr. 2; M. I. Bd. III. S. 477, 478.

[105] §§ 1033, 937—945 B.G.B., s. oben § 156. Die Ersitzung des Nießbrauchs begründet aber nicht das Erlöschen des Eigenthums oder anderer dinglicher Rechte an der Sache, sondern nur ein Vor recht des Nießbrauchs vor letzteren (§§ 945, 1032 a. E.).

[1] l. 23 D. 7. 4; Elvers, Servituten 758; Erk. München 11|5 1875 Samml. V. 239 (Nichtwiedererrichtung eines Gebäudes, auf dem die Servitut lastet); Bayr. L.R. II. 7. 7 Nr. 4; II. 9. 8 Nr. 2.

[2] Windscheid § 215 Nr. 1; nicht nach B. G. B.; außer wenn sie res omnium communis wird.

[3] l. 20 § 2 D. 8. 2; Elvers, Servituten 760; Windscheid § 215, 2.

[4] Bayr. L.R. II. 9. 8 Nr. 2 und Pr. L.R. I. 21. 184 führen nur den völligen Untergang der Sache als Erlöschungsgrund an. Bezüglich des B. G. B. sind jedoch hinsichtlich der Grunddienstbarkeiten

II. mit Eintritt des Endtermins oder der auflösenden Bedingung ihrer Bestellung, wenn sie nur auf Zeit oder unter auflösender Bedingung bestellt sind[5];

III. durch Veränderung in den Sachen oder Personen, für welche die Bestellung erfolgt ist. Grunddienstbarkeiten erlöschen mit dem völligen Untergang[6], nicht aber, insoferne die Ausübung noch möglich ist, bei bloßer Umgestaltung des herrschenden Grundstücks[7]; gesetzliche und durch richterliche Verfügung bestellte Grunddienstbarkeiten mit Wegfall der Voraussetzungen, die zu ihrer Bestellung Veranlassung gegeben haben[8]. Persönliche Dienstbarkeiten, die für physische Personen bestellt sind, erlöschen mit dem Tod des Berechtigten; doch kann Uebergang auf die Erben bestimmt sein[10], was sich jedoch im Zweifel nur auf die unmittelbaren Nachfolger des Berechtigten erstreckt[11]. Die einer juristischen Per-

---

und beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten die §§ 1028, 1090II zu beachten; s. hierüber unten § 178.

5 Windscheid § 212, 9; Vangerow § 340 Anm. 1, 4; Bayr. L.R. II. 7. 3 Nr. 2; Pr. L.R. I. 21. 177; Förster Eccius § 186, 138; § 187, 71; Erk. München 22/4 1892 Sf. Arch. XLVIII. 7; Bl. LVIII. 45. B.G.B. §§ 158II, 163. Der Eintritt des Endtermines oder der auflösenden Bedingung berechtigt den Eigenthümer die Löschung der Dienstbarkeit im Grundbuch zu verlangen. Vgl. dazu §§ 23, 24 Gr.B.O.

6 l. 20 § 2 D. 8. 2; l. 3 D. 8. 6; Windscheid § 215, 3; Bayr. L.R. II. 7. 7 Nr. 4. Bei Wiederherstellung des herrschenden Grundstücks leben sie wieder auf. Vgl. auch E. d. R.G. XXVII. 166 ff.; Erk. München 24/11 1890 Sf. Arch. XLVI. 172; Samml. XIII. 201.

7 Elvers, Servituten 785a. Ueber Untergang durch Wegfall der Vizinität bei Grunddienstbarkeiten s. E. d. R.G. XXVI. 168; Sf. Arch. XLVI. 5.

8 Pr. L.R. I. 22. 10; Förster Eccius § 187, 19.

9 § 3 Inst. 2. 4; Elvers, Servituten 791; Windscheid § 215, 4; Bayr. L.R. II. 9. 9 Nr. 1: „Erlöscht Usufruktus . . . durch den Tod des Usufruktuarii, und ist hierinfalls zwischen dem natürlichen und bürgerlichen Tod kein Unterschied, z. E. da der Usufruktuarius geächtet zur ewigen Gefangnuß verdammt oder in einer der weltlichen Güter unfähigen geistlichen Orden zur Profession gelassen wird." Pr. L.R. I. 21. 176. B.G.B. §§ 1061, 1090II.

10 l. 5 pr. D. 7. 4; l. 38 § 12 D. 45. 1; Windscheid § 215, 7. Der auf die Erben übergehende Nießbrauch gilt als ein neu bestellter Nießbrauch Förster Eccius § 185, 50. In dieser Auffassung ist er auch nach B.G.B. möglich.

11 l. 14 Cod. 3. 33; Windscheid § 215, 7; Bayr. L.R. II. 9. 9 Nr. 4. „Wird bei Verleihung des Usufruktus auch öfters der Erben mitgedacht,

son ohne Bestimmung der Zeitdauer bestellte Personalservitut erlischt gemeinrechtlich, wenn die juristische Person nicht früher aufgehoben wird, nach 100 Jahren[12]; doch kann die Bestellung auch mit unbegrenzter Dauer erfolgen[13]. Nach Preußischem Landrecht dauert der einer juristischen Person legirte Nießbrauch 50 Jahre[14], während der auf andere Weise verliehene Nießbrauch mit der juristischen Person gleiche Dauer hat[15]. **Nach B.G.B. hat der Nießbrauch wie eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit ununterschiedlich gleiche Dauer mit der juristischen Person**[16].

IV. Durch Confusion. Die Dienstbarkeiten erlöschen, wenn sich die Dienstbarkeitsberechtigung und das Eigenthum der dienenden Sache in einer Person vereinigen[17], und leben gemeinrechtlich auch bei späterer Trennung nicht wieder auf[18]. Wird bei

---

welchenfalls sich selber zwar auch auf sie erstreckt jedoch regulariter nur bis auf den ersten Grad der Succession und nicht soviel jure haereditario als ex primaeva concessione." Hiezu bemerkt Kreittmayr Anm. c. „und wenn der Erben nur in genere Meldung geschiehet so geht ususfructus weiter nicht als auf die erste Generation . . . soferne nicht in constitutione ususfructus ein anderes zu erkennen gegeben wird z. E. durch die Wort „aller Erben", denn darunter werden haeredes sowohl in der ersten als all weitere Generation tam ab intestato quam ex testamento verstanden." Pr. L.R. I. 21. 178; Förster Eccius § 185, 50. Gemeinrechtlich und nach Preußischem Recht ist Ausdehnung auf alle Erben zuläßig. Vgl. dazu Dernburg Pr. P.R. I. § 280, 3.

[12] l. 56 D. 7. 1; Windscheid § 215, 6. Dieß erkennt auch Bayr. L.R. II. 9. 9 Nr. 3 an. — Ueber Erlöschung des Nießbrauchs durch Eröffnung des Konkurses über die juristische Person oder eine Gesellschaft, die mit Konkurseröffnung erlischt, s. Erk. d. R.G. 28/4 1886 Sf. XLII. 235.

[13] Windscheid § 215, 8; Erk. Lübeck 30/6 1863 Sf. XVI. 176 nimmt dieß für den Nießbrauch juristischer Personen als Regel an. Nach Sammlg. VI. 300 ist eine solche Bestimmung auch nach Bayr. Landrecht zuläßig.

[14] Pr. L.R. I. 12. 423.

[15] Pr. L.R. I. 21. 179; Förster Eccius § 186, 136.

[16] §§ 1061, 1090^II^ B.G.B.

[17] l. 10 D. 8. 4; l. D. 8. 6; Windscheid § 215, 9; Bayr. L.R. II. 7. 7 Nr. 4; II. 9. 8 Nr. 4; Pr. L.R. I. 21. 184; I. 22. 52; Förster Eccius § 186, 139; § 187, 67.

[18] l. 17 D. 7. 4; Windscheid § 215, 10; Bayr. L.R. II. 7. 7 Nr. 3. Nach Pr. L.R. I. 22. 53, 54 leben Grunddienstbarkeiten mit Wiederaufhebung der Vereinigung wieder auf, wenn sie im Hypothekenbuch eingetragen waren und nicht gelöscht sind, dann wenn die vorhandenen Anlagen nicht beseitigt sind. Förster Eccius § 187, 68.

Grunddienstbarkeiten der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Miteigenthümer des dienenden oder umgekehrt, so wird der Bestand der Dienstbarkeit nicht berührt [19], während bei Personalservituten das Zusammentreffen der Berechtigung mit dem Miteigenthum theilweises Erlöschen der Dienstbarkeit zur Folge hat [20]. **Nach B.G.B. erlöschen die Grunddienstbarkeiten, die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten, sowie der Nießbrauch an Grundstücken und diesen gleichbehandelten Rechten durch Confusion überhaupt nicht [21], und selbst der Nießbrauch an beweglichen Sachen nicht, soweit der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an seinem Fortbestehen hat [22]. Der Nießbrauch an Rechten ist in Ansehung der Erlöschung durch Confusion dem Nießbrauch an beweglichen Sachen gleichgestellt [23].**

V. Durch Verzicht des Berechtigten [24]. Dieser kann ausdrücklich [25] oder stillschweigend erklärt werden. Stillschweigender Verzicht wird angenommen für Personalservituten bei vorbehaltloser Bewilligung der Veräußerung und bei Aufgeben des Rechts an der dienenden Sache [26], für Grunddienstbarkeiten durch

[19] Vgl. unten § 178.

[20] Windscheid § 215, 9.

[21] § 889 B.G.B.; vgl. oben § 128, 33.

[22] § 1063 B.G.B.

[23] § 1072 mit § 1063 B.G.G.

[24] Ueber die Legitimation vgl. Elvers, Servituten 770. Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 7. 7. „Sowohl bei der ausdrücklichen als stillschweigenden Renunciation wird auf Seite des Renuncianten dominium solitarium plenum liberum irrevocabile supponirt . . . außerdessen gilt sie entweder gar nicht oder höchstens nur in praejudicium renunciantis allein."

[25] Der ausdrückliche Verzicht kann in einer letztwilligen Verfügung erklärt werden l. 86 § 4 D. 30; Elvers, Servituten 771. Bei Verzicht durch einen Akt unter Lebenden ist es bestritten, ob Annahme von Seite des Verpflichteten zur Geltung desselben erforderlich sei. Dafür erklären sich Elvers, Servituten 768; Windscheid § 215, 11; Brinz, Pandekten (2) § 198, 16. Dagegen halten auf Grund der Bestimmung l. 48 pr. l 64. 65 pr. D. 7. 1 einseitigen Verzicht für genügend Puchta, Pandekten § 190 k; Schönemann, Servituten § 47. Nach Pr. L.R. I. 16. 392 ist nur bei gerichtlich erklärtem Verzicht Acceptation des Verpflichteten nicht erforderlich Förster Eccius § 18, 42.

[26] l. 4 § 12 D. 44. 4; Windscheid § 215, 11; Seuffert, Pandekten § 169, 27; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 5; Pr. L.R. I. 21. 181—183; Förster Eccius § 186, 137. Der Berechtigte wird dadurch von seinen Verpflichtungen nur für die Zukunft befreit.

das Zulassen von Veranstaltungen auf dem dienenden Grundstück, die die Ausübung der Grunddienstbarkeiten hindern [27].

Nach B.G.B. ist zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache oder an einem Rechte die formlose Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigenthümer oder dem Besteller, daß er den Nießbrauch aufgebe, genügend [28]. Zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung einer Grunddienstbarkeit, beschränkt persönlichen Dienstbarkeit oder eines Nießbrauchs an Grundstücken oder solchen gleichbehandelten Rechten ist außer der Erklärung des Berechtigten die Löschung des Rechts im Grundbuch erforderlich. Die Erklärung ist dem Grundbuchamte oder demjenigen gegenüber, zu dessen Gunsten sie erfolgt, abzugeben. Der Dienstbarkeitsberechtigte ist vor der Löschung an seine Erklärung nur gebunden, wenn er sie dem Grundbuchamte gegenüber abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt hat [29]. Durch Zulassung der Errichtung einer Anlage auf

[27] l. 8 pr. D. 8. 6; Seuffert, Pandekten § 177, 3; Bayr. L.R. II. 7. 7 Nr. 5: „Durch ausdrückliche oder stillschweigende Renunciation, welch letztere theils per non usum theils durch andere der Servitut zuwiderlaufende facta sofern man denenselben acquiescirt zu geschehen pflegt." Regensburg W.G.O. X. 11, „oder aber wenn etwas verwilligt wird, das der Dienstbarkeit dergestalt zuwider, daß beides neben einander nicht stehen mag, als Exempels weiß, wann jemand einen Dachtrauff in des anderen Hoff und Haus hat, hiernach aber zugibt, daß der Hof verbauet wird, oder wann jemand durch des andern Hauß und Hof durchzugehen berechtigt ist, und aber von ihm verwilligt wird, daß der Ort wo sonst der Weg gewest verbauet oder sonst vermacht wird, so ist die Dienstbarkeit erloschen." Pr. L.R. I. 22. 43: „Außer den allgemeinen Arten, wie Rechte verloren gehen können, erlöschen Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen läßt, daß in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen, welche die Ausübung seines Rechtes geradezu unmöglich machen, getroffen werden." Förster Eccius § 187, 56; E. d. R.G. XXXII. 188.

[28] §§ 1064, 1072 B.G.B.: Annahme ist nicht erforderlich. Anders § 397 B.G.B. für Schuldverhältnisse.

[29] §§ 875, 876 B.G.B.; vgl. oben § 128 zu Nt. 23, 40, 47. Vgl. hieher aber auch Art. 120 Abs. 2 Ziff. 2 E.G. z. B.G.B., wonach landesgesetzliche Vorschriften, nach welchen im Falle der Aufhebung einer Grunddienstbarkeit die Zustimmung derjenigen nicht erforderlich ist, zu deren Gunsten das Grund-

dem belasteten Grundstücke, durch welche eine Grunddienstbarkeit oder beschränkt persönliche Dienstbarkeit beeinträchtigt wird, erlischt nach B.G.B.[30] die Dienstbarkeit noch nicht, sondern erst mit der Verjährung des Anspruchs des Berechtigten auf Beseitigung der Beeinträchtigung[31], insoweit der Bestand der Anlage mit ihr in Widerspruch steht; die Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch sowie der öffentliche Glaube des Grundbuchs steht der Verjährung und dem Erlöschen der Dienstbarkeit nicht im Wege[32].

VII. Durch Verjährung. Dieser sind gemeinrechtlich alle Dienstbarkeiten unterworfen, mit Ausnahme des Jahr um Jahr wechselnden Nießbrauchs[33] und des Wohnungsrechts[34]. Nach Preußischem Landrechte erlöschen alle Dienstbarkeiten ohne diese Ausnahmen durch Verjährung[35]. Das Erlöschen der Dienstbarkeit durch Verjährung erfolgt gemeinrechtlich theils durch Nichtgebrauch, theils durch Ersitzung der Freiheit von Seite des Verpflichteten[36], nach Preußischem Landrecht nur durch Nichtgebrauch[37]. **Nach B.G.B. erlöschen die Grunddienstbarkeiten, die persönlichen Dienstbarkeiten und der Nießbrauch an Grundstücken oder diesen gleichbehandelten Rechten sowie die hieraus entspringenden Ansprüche infolge der Eintragung in das Grundbuch durch Verjährung regelmäßig nicht; ausnahmsweise Grunddienstbarkeiten und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten dann, wenn auf dem belasteten Grundstück eine die Dienstbarkeit**

---

stück des Berechtigten belastet ist, unberührt bleiben. — Bei Aufhebung des Nießbrauchs an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft erstreckt sich die Aufhebung im Zweifel auch auf den Nießbrauch am Zubehör: § 1062 B.G.B.

[30] §§ 1028, 1068 II B.G.B.; § 1128 ist erst durch Beschluß der R.T.Komm. eingesetzt. Ber. d. R.T.K. S. 75, 76 Nr. 30.

[31] Vgl. dazu §§ 1027 mit 1004, § 1090 II B.GB.

[32] §§ 902, 892 B.G.B. finden hier keine Anwendung. Vgl. dazu über das Prinzip oben § 128, 1 und zu Nt. 31.

[33] l. 28 D. 7. 4; Windscheid § 216, 11; Kreittmayr, Anm. 1 zu L.R. II. 9. 8.

[34] l. 10 pr. D. 7. 8; Windscheid § 208, 2. Das bayrische und preußische Landrecht kennen diese Ausnahme nicht. Vgl. unten Nt. 41, 43.

[35] Pr. L.R. I. 21. 184; l. 22. 50. 51.

[36] Vgl. unten Note 40—42. 43. 44.

[37] Vgl. unten Note 43—44.

beeinträchtigende Anlage errichtet ist, mit der hier zugelassenen Verjährung des Anspruchs des Berechtigten auf Beseitigung der Beeinträchtigung[38]. Der Anspruch des Nießbrauchers einer beweglichen Sache unterliegt der gewöhnlichen Verjährung; mit der Verjährung seines Anspruchs gegen den Eigenthümer ist auch das Nießbrauchsrecht erloschen[39].

Im Einzelnen gelten folgende Grundsätze:

1. Durch Nichtgebrauch erlöschen gemeinrechtlich die persönlichen Dienstbarkeiten mit Ausnahme des Jahr um Jahr wechselnden Nießbrauchs und des Wohnungsrechts[40], und diejenigen Grunddienstbarkeiten, die nur zu einzelnen sich wiederholenden Handlungen berechtigen[41], während bei Grunddienstbarkeiten, deren Ausübung

---

[38] §§ 902, 1028, 1065, 1017, 1090 II B.G.B.; oben zu Nt. 30; § 128 zu Nt. 31. Dabei steht ein Dienstbarkeitsrecht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist, einem eingetragenen Rechte gleich § 902 II B.G.B.

[39] § 1065, §§ 985 ff., §§ 194 ff. B.G.B.

[40] l. 25 D. 7. 4; Unterholzner, Verjährungslehre § 127; Elvers, Servituten 772 a; Windscheid § 216, 2; Brinz, Pandekten (2) § 198, 18; Bayr. L.R. II. 9. 8 Nr. 1: „Die Nutznießung hört auf per non usum . . . ohne daß ein Verbot oder anderes factum hiezu vonnöthen ist." Andere halten auch beim Nießbrauch Ersitzung der Freiheit für erforderlich Glück, Commentar IX. 370 f. dagegen Vangerow § 357 Anm. Nr. 1.

[41] l. 6 D. 8. 2; Windscheid § 216, 2; Arndts § 194 Anm. 3; Kindervater, in Bekker Jahrb. VI. 137. Da die Quellen das Erforderniß der Freiheitsersitzung nur für städtische Dienstbarkeiten erwähnen, so unterschied die ältere Meinung nach den städtischen und ländlichen Dienstbarkeiten und nahm nur für letztere die Verjährung durch Nichtgebrauch an Glück, Commentar IX. 31, 88; Unterholzner, Verjährungslehre § 217; Seuffert, Pandekten § 180, 21; Vangerow § 357 Anm. Nr. 3; Sintenis, C.R. § 66, 16; Erk. München 26|4 1848 Bl. XVII. 347; Lübeck 24|5 1845 Sf. VIII. 349; 27|3 1847 Sf. X. 19; Berlin 18|6 1874 Sf. XXIX. 222. Dieß ist schon Bayr. L.R. II. 7. 8 Nr. 3 und Kreittmayr, Anm. c dazu verworfen, indem, wie dieß schon in dem älteren Landrecht geschah, die Freiheitsersitzung nur bei ständigen Dienstbarkeiten als erforderlich erklärt ist. Diese Stellung nehmen Erk. Celle 7|10 1860 T.C. VII. 27 und Berlin 3|2 1874 Sf. XXX. 7 ein, indem sie annehmen, daß bloßer Nichtgebrauch bei Dienstbarkeiten genüge, die zu einzelnen Handlungen berechtigen, während Ersitzung der Freiheit bei solchen Dienstbarkeiten erforderlich sei, die ein Recht auf einen dauernden Zustand des herrschenden oder dienenden Grundstücks gewähren. Nach einer andern Meinung soll die usucapio libertatis bei allen Grunddienstbarkeiten erforderlich sein Darmstadt Präj.

ein Recht auf einen dauernden Zustand des herrschenden oder dienenden Grundstücks gewährt, Ersitzung der Freiheit von Seite des Verpflichteten erforderlich ist [42]. Nach Preußischem Landrecht erlöschen durch Nichtgebrauch sowohl die Personalservituten [43] als die Grunddienstbarkeiten, letztere jedoch, insoferne sie durch besondere Anlagen und Anstalten ihr Dasein bekunden, erst mit Hinwegnahme derselben [44].

2. Zur Ersitzung der Freiheit ist gemeinrechtlich erforderlich, daß die dienende Sache die Verjährungszeit hindurch in servitutfreiem Zustand besessen worden sei [45], wobei der Zustand der Freiheit nicht gewaltsam, bittweise oder heimlich herbeigeführt sein darf [46], und guter Glaube des Ersitzenden erforderlich ist [47]. Zur Verjäh-

---

Nr. 187; Erk. 9/2 1869 Sf. XXVII. 9. Endlich findet sich auch die Meinung vertreten, daß das Erforderniß der Freiheitsersitzung für alle Dienstbarkeiten beseitigt sei s. die bei Glück, Comment. X. 264, 48 angeführten und dagegen Vangerow § 357 Anm. Nr. 3.

[42] S. die Note 41 Citirten und Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 7. 8: „Nebst obiger Zeit und dem non usu wird auch auf Seiten des Praedii Servientis ein Factum Servituti contrarium erfordert. Es muß nämlich etwas geschehen, welches der Dienstbarkeit entgegen lauft z. E. da in Servitute tigni immittendi das Loch vermauert oder in Servitute stillicidii ein solcher Bau geführt wird, daß das Dach-Trauf nicht mehr abfallen kann und dergleichen, wobei jedoch abermal ein Unterschied inter Servitutes continuas et discontinuas zu beobachten kommt. Bei den ersten allein nicht aber bey den andern wird ein solches Faktum sowohl von unserem Codice No. 1 et 2 als dem vorigen Landrecht cit. Art. 7 erfordert, welches jedoch de jure communi noch seinen Anstand leidet, dann einige distinguiren inter Servitutes urbanas et rusticas, und halten das Factum Servituti contrarium zwar wohl bei jenen nicht aber bei diesen für nöthig .... unser Codex aber verwirft Nr. 3 diesen Unterschied, und hält es hierinfalls mit der alten Meinung, welche nur inter continuas et discontinuas Servitutes in diesem Stück distinguiret hat." Windscheid § 216, 2; Erk. Dresden 17/11 1870 Sf. XXIX. 113; Berlin 31/2 1874 Sf. XXX. 7.

[43] Pr. L.R. I. 21. 184.

[44] Pr. L.R. I. 22. 50. 51. Es ist diese Bestimmung als ein Ueberbleibsel der gemeinrechtlich erforderlichen Freiheitsersitzung anzusehen Förster Eccius § 187, 60.

[45] l. 32 D. 8. 2; Windscheid § 216, 6—8; Sintenis, C.R. § 66, 26.

[46] l. 32 pr. D. 8. 2: Windscheid § 216, 9.

[47] Windscheid § 216, 10; Sintenis, C.R. § 66, 27. Nicht für erforderlich halten den guten Glauben Elvers, Servituten 777: Erk. Lübeck 27/3 1847 Sf. X. 20.

rung durch Nichtgebrauch muß gemeinrechtlich die ganze Verjährungszeit hindurch die Ausübung unterlassen worden sein, ohne daß dabei bona fides des Eigenthümers des dienenden Grundstücks erforderlich ist [48]. Die Verjährung wird durch jede Ausübung der Dienstbarkeit unterbrochen [49]. Nach Preußischem Landrecht ist bei nichtständigen Dienstbarkeiten zur Verjährung durch Nichtgebrauch erforderlich, daß während der Verjährungszeit in drei Fällen, wo sie hätte stattfinden können, die Ausübung unterblieben sei [50]; bei den anderen Servituten, insoferne sie nicht in das Hypothekenbuch eingetragen sind, reicht Nichtausübung während der Verjährungszeit hin [51]. Durch theilweise Ausübung des Rechts wird das ganze Recht erhalten [52]. Hat der Belastete die Ausübung untersagt, und der Berechtigte sich dabei beruhigt, so tritt Ersitzung des Untersagungsrechts auf Seite des Belasteten ein [53].

3. Die Erlöschung der Dienstbarkeiten erfolgt gemeinrechtlich ohne Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien sowohl bei Freiheitsersitzung als bei Erlöschen durch Nichtgebrauch in 10 Jahren unter Anwesenden und 20 Jahren unter Abwesenden [54], bei nicht

---

[48] Seuffert, Pandekten § 180, 22; Erk. Wiesbaden 14/6 1842 Sf. VI. 316; Lübeck 24/5 1845 Sf. VIII. 349; 27/3 1847 Sf. X. 20; Wolfenbüttel 12/6 1867 Sf. XXI. 24; München 26/4 1848 Bl. XVII. 377; Bayr. L.R. II. 7. 8 Nr. 4: „Stehet auch mala fides in diesem Stück niemals entgegen, weil der Nichtgebrauch eine stillschweigende Renuntiation ist, mithin das Recht nicht soviel präskribirt als vergeben wird."

[49] l. 12 § 2 l. 38 D. 7. 1; l. 5. 6 pr. D. 8. 6; Elvers, Servituten § 175; Windscheid § 216, 4; Kreittmayr, Anm. f zu Bayr. L.R. II. 7. 8: „Ob man die Servitut selbst oder durch andere übt, ist hierinfalls einerley, wann es nur jure Servitutis und in dieser Absicht von ihnen geschiehet; dann wann sich gleich obverstandenermaßen in Regula nicht gebührt, daß usus Servitutis willkürlich an andere überlassen werde, so verhindert solches gleichwohl, daß Servitus per non usum nicht erlösche." Durch theilweise Ausübung wird das ganze Recht erhalten l. 6 § 1 D. 8. 6; Vangerow § 340 Anm. 2. 1 g; Erk. Wolfenbüttel 18/10 1839 Sf. XVII. 11; Celle 2/7 1861 Sf. XVIII. 19; 14/7 1863 Sf. XVIII. 20.

[50] Pr. L.R. I. 9. 543. 544; Förster Eccius § 187, 62.

[51] Pr. L.R. I. 22. 50. 51. Ist die Dienstbarkeit mit einer Anlage versehen, so beginnt der Lauf der Verjährung erst mit Entfernung derselben Förster Eccius § 187, 59, 60.

[52] Förster Eccius § 187, 64.

[53] Pr. L.R. I. 22. 52; Förster Eccius § 187, 65.

[54] l. 16 § 1 Cod. 3. 33; l. 13 Cod. 3. 34; Windscheid § 216, 11; Bayr.

ständigen Dienstbarkeiten, die nur monatweise oder in längeren Zwischenräumen geübt werden, in 20 Jahren[55], bei Dienstbarkeiten an Sachen, die der ordentlichen Ersitzung entzogen sind, in 30 oder 40 Jahren[56]. Nach Preußischem Recht erfolgt die Erlöschung immer in 30 bezw. 44 Jahren[57].

VIII. Bestritten ist, ob Personalservituten zur Strafe wegen Mißbrauchs verloren gehen. Gemeinrechtlich ist dieß zu verneinen[58], womit das Preußische Recht und das B.G.B. übereinstimmen[59]. Dagegen ist Verlust wegen Mißbrauchs im Bayrischen Landrechte anerkannt[60].

IX. Nach B.G.B. erlischt der Nießbrauch an einer beweglichen Sache, wenn sie im Wege der rechtsgeschäftlichen Veräußerung in das Eigenthum eines Dritten gelangt und dieser Dritte in Ansehung des Nießbrauchs im guten Glauben ist; nur im Falle der Veräußerung durch Abtretung des Eigenthumsanspruchs erlischt der Nießbrauch auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht, wenn er dem Besitzer der Sache zusteht[61]. Im Falle des Pfandverkaufs erlischt der Nießbrauch an einer beweglichen Pfandsache

---

L.R. II. 7. 8 Nr. 1. 2. Nach Bl. VIII. 48 findet die abgekürzte Eigenthumsersitzung des Bayrischen Rechts oben § 156 Ziff. VI. auch auf die Freiheitsersitzung Anwendung.

[55] l. 7 D. 8. 6; l. 14 Cod. 3. 34. Die letztere Stelle wird gewöhnlich dahin ausgelegt, daß bei solchen Dienstbarkeiten die Verjährungszeit ohne Unterscheidung der Anwesenheit und Abwesenheit 20 Jahre betragen solle Elvers, Servituten 748; Sintenis, C.R. § 66, 29; Arndts § 194k; Erk. Wolfenbüttel 17/12 1859 Sf. XIV. 117. Das Bayr. L.R. II. 7. 8 Nr. 3 verdoppelt die Zeit und läßt solche Servituten in 20 Jahren unter Anwesenden und 40 Jahren unter Abwesenden verjähren, was sich schon Regensburg, W.G.O. X. 11 findet. Als eine solche Dienstbarkeit wird in unserer Praxis das Beholzungsrecht aufgefaßt Bl. XXXI. 368, während die Dienstbarkeit des Steinbrechens zu denjenigen Dienstbarkeiten gerechnet wird, die unter Anwesenden in zehn Jahren erlöschen Bl. XVII. 377.

[56] Unterholzner, Verjährungslehre § 229; Windscheid § 216, 13. 14.

[57] Pr. L.R. I. 22. 50; Förster Eccius 187, 50.

[58] Glück, Commentar IX. 380, 40 und 493; Förster Eccius § 186, 129.

[59] Pr. L.R. I. 21. 140—141. Das Preußische Landrecht ordnet bei Mißbrauch Sequestration an Pr. L.R. I. 21. 140.

[60] Bayr. L.R. II. 9. 8 Nr. 6.

[61] § 936 B.G.B.; § 920 R.T.B.; § 849 II. E.; §§ 804, 878 I. E.; M. I. Bd. III. S. 95, 347. Vgl. hiezu oben § 160, 23.

stets dann, wenn er nicht allen Pfandrechten an der Pfandsache im Range vorgeht[62].

X. Ablösung. Ablösung von Dienstbarkeiten kann allgemein eintreten bei Zwangsenteignung des Objekts, auf welchem sie ruhen, wenn die Berechtigten die Ablösung ansprechen, oder die Ausübung der Dienstbarkeit mit der neuen Bestimmung des Gegenstands nicht mehr vereinbar ist[63]. Nach gesetzlicher Bestimmung unterliegen Weiderechte[64] und Forstdienstbarkeiten[65] unter gewissen Voraussetzungen der einseitigen Ablösung.

XI. Flurbereinigung. Dienstbarkeiten, welche infolge der Zusammenlegung in Flurbereinigungsverfahren[66] oder bei der Vermarkung[67] entbehrlich werden, erlöschen ohne Entschädigung.

§ 171.

III. Schutz der Dienstbarkeiten.

Zum Schutze im Besitz dienen bei Dienstbarkeiten die Besitzklagen[1].

Zur Geltendmachung des Dienstbarkeitsanspruchs ist gemein=

---

[62] § 1242 B.G.B.; § 1225 R.T.B.; § 1149 II. E.; § 1180 I. E.; M. I. Bd. III. S. 830.

[63] Expropriationsgesetz 1837 Art. 2, 2 und Art. 6, 3. Vgl. oben § 141 40 und 73. Gedeckt durch Art. 109 E.G. z. B.G.B.

[64] Vgl. unten § 178, 179. Gedeckt durch Art. 113 E.G. z. B.G.B.

[65] Vgl. unten § 178, 182. Gedeckt durch Art. 113 E.G. z. B.G.B.

[66] Flurbereinigungsgesetz 26. Mai 1886 Art. 15 Abs. 2. Vgl. oben § 140, 45. Gedeckt durch Art. 113 E.G. z. B.G.B.

[67] Vermarkungsgesetz 16/5 1868. Art. 5. Vgl. oben § 135, 29 ff. und dazu auch §§ 919, 920 B.G.B.; s. hierüber oben § 135, 40.

[1] Die Besitzstörungsklage ist gemeinrechtlich nur für solche Servituten gegeben, die nicht durch ein besonderes Rechtsmittel geschützt sind oben § 134, 31; die neuen Landesrechte geben für Servituten die gewöhnliche Besitzstörungsklage vgl. Roth, D. P.R. § 229, 19—26. Die Spolienklage ist gemeinrechtlich bei Servituten mit Ausnahme der Gebäudeservituten gegeben, nach Preußischem Recht für alle Servituten oben § 134, 115. Bestritten ist, ob bei Prädialservituten der Berechtigte Selbsthilfe üben könne; für zuläßig hält dieß Erk. Darmstadt 1840 Sf. IX. 157; gegen die Zuläßigkeit erklären sich Erk. Wiesbaden 7|3 1839 Sf. I. 222; Cassel 5|1 1847 und 28/11 1851 Sf. V. 258; Elvers in A. f. Pr. R.W. VII. 62. — Hinsichtlich des B. G. G.

rechtlich [2], nach Preußischem Landrecht [3] und **B.G.B.** [4] eine besondere Klage (actio confessoria) gegeben, für welche folgende Grundsätze gelten: als Kläger legitimirt ist gemeinrechtlich der Servitutberechtigte [5], bei Grunddienstbarkeiten auch der Nutzeigenthümer [6], der Nutznießer [7] und der besitzende Pfandgläubiger [8], nach Preußischem

---

vgl. und zwar für Grunddienstbarkeiten und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten die besonderen Vorschriften der §§ 1029 und 1090^II (s. oben § 134, 78), für den Nießbrauch die allgemeinen Bestimmungen über den Besitzesschutz des Besitzers §§ 858—864, 868 B.G.B. und dazu oben § 134. Der Nießbraucher ist nach B.G.B unmittelbarer Besitzer, der sonstige Dienstbarkeitsberechtigte ein unmittelbarer Mitbesitzer der Sache in einzelnen Beziehungen. Man braucht m. E. hier durchaus nicht Rechtsbesitz zu construiren, wie dieß von den Meisten, auch M. I. Bd. III. S. 478, 490 geschieht.

[2] Elvers, Servituten § 76. 77; Windscheid § 217; Arndts § 191; Bayr. L.R. II. 7. 10; Bl. LVII. 104.

[3] Pr. L.R. I. 19. 10; Franklin in Gruchot V. 39; Förster Eccius § 184, 34; Dernburg, Pr. P.R. I. § 277.

[4] Bezüglich Grunddienstbarkeiten und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten s. § 1027 (mit § 1090^II); R.T.B. § 1011; II. E. § 938; I. E. § 978; M. I. Bd. III. S. 489: „Wird eine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt, so stehen dem Berechtigten die im § 1004 bestimmten Rechte zu", § 1004: Wird die Dienstbarkeit in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Dienstbarkeitsberechtigte von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Dienstbarkeitsberechtigte auf Unterlassung klagen. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Dienstbarkeitsberechtigte zur Duldung verpflichtet ist." Bezüglich des Nießbrauchs s. § 1065 B.G.B.; R.T.B. § 1048; II. E. § 974; I. E. § 1047; M. I. Bd. III. 567: „Wird das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigenthume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung." Vgl. dazu die §§ 985, 986, 990—1005 B.G.B.

[5] l. 5 pr. D. 7. 6; Elvers, Servituten 800; Sintenis, C.R. § 65, 11.

[6] l. 16 D. 8. 1; Windscheid § 217, 6; Erk. Dresden 1837 Sf. I. 19; Kreittmayr, Anm. 6 zu L.R. II. 7. 10. Nach B.G.B. der Erbbauberechtigte: § 1017.

[7] l. 1 pr. l. 5 § 1 D. 7. 6; Windscheid § 217, 6; Seuffert, Pandekten § 180, 3; Erk. Dresden 1837 Sf. I. 19; Kreittmayr, Anm. 6 zu L.R. II. 7. 10. B.G.B. § 1065. Der Pächter ist gemeinrechtlich zur Anstellung der Klage nicht legitimirt Erk. Dresden 1837 Sf. I. 19; Eisenach Bl. f. Thür. VII. 146.

[8] l. 16 D. 8. 1; Windscheid § 217, 6. Gemeinrechtlich ist es bestritten,

Recht jeder unvollständige Besitzer[9]. Steht das Grundstück, für welches die Dienstbarkeit in Anspruch genommen wird, im Miteigenthum, so kann jeder Miteigenthümer den Anspruch verfolgen[10]. Beklagter ist jeder, der der Ausübung der Dienstbarkeit Hindernisse in den Weg legt, also jeder, von dem eine Störung ausgeht[11]. Voraussetzung der Klage ist Verletzung des Rechts durch Störung der Ausübung oder Bestreitung desselben[12]. Die Klage ist auf Anerkennung der Dienstbarkeit und Beseitigung jeder Störung in der Ausübung gerichtet, wobei der Beklagte zur Cautionsstellung angehalten werden kann[13], und zum Ersatz des angerichteten Schadens verpflichtet ist[14]. Der Kläger muß bei Widerspruch den Beweis

---

ob nur der Faustpfandgläubiger oder auch der Hypothekgläubiger diese Klage habe s. Windscheid § 217, 6. Nach Bayrischem Recht kann nur der erstere in der Lage sein, die Klage zu stellen, unten § 191.

[9] Franklin bei Gruchot V. 42; Dernburg, Pr. P.R. I. § 156, 5. Die in Nr. 8 und 9 bezeichneten Fälle haben für das B.G.B. keine Bedeutung.

[10] l. 4 § 3 D. 8. 5; Windscheid § 217, 8; Sintenis, C.R. § 57, 21; Randa, E. § 9, 40; Erk. München 19/12 1848 Sf. III. 145; Lübeck 28/2 1842 Sf. XI. 214; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 4; Dernburg, Pr. P.R. I. § 223, 10; § 277, 6. Das von einem einzelnen Miteigenthümer erstrittene Urtheil wirkt für alle Erk. Jena 1873 Sf. XXXI. 74.

[11] l. 5 § 1 D. 7. 6; l. 10 § 1 D. 8. 5; Seuffert, Pandekten § 182, 4; Erk. Dresden 19/11 1859 Sf. XIV. 119; Sammlg. III. 127; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 2. Nach einer anderen Ansicht soll die actio confessoria nur gegen den Eigenthümer des herrschenden Grundstücks gegeben sein Jena 19/5 1860 Sf. XIV. 91. Nach Pr. L.R. I. 19. 10 ist die Klage nur gegen den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer gegeben, wenn die Richtigkeit des dinglichen Rechts auf die Substanz der Sache ausgemittelt werden soll. §§ 1027, 1065 B.G.B.: „jeder der die Dienstbarkeit beeinträchtigt".

[12] l. 4 § 5 l. 10 § 1 D. 8. 5; Erk. Jena 9/12 1841 Sf. I. 324; Darmstadt 25/4 1856 Sf. XI. 126; München 19/6 1876 Sf. XXXII. 211; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 2: „gegen alle jene, welche Hinderniß hieran machen oder beeinträchtigen."

[13] l. 7 D. 8. 5; Windscheid § 217, 1—3; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 5. Das B.G.B. kennt keine allgemeine Kautionspflicht; vgl. hiezu oben § 164, 29.

[14] l. 4. § 2. 3 D. 8. 5; Windscheid § 217, 2; Erk. Berlin 18/1 1868 Sf. XXI. 213; Samml. XIII. 592; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 5. „Zielt diese Realaction nicht nur auf die Behauptung der Dienstbarkeit, sondern auch auf Wiedererstattung aller durch die unbefugte Hinderniß verursachten Schäden wie nicht weniger auf die Cautio de non turbando und Dictirung eines ergiebigen Pönfalls ab." Nach B.G.B. richtet sich die Schadensersatz

des Rechts[15], bei Grunddienstbarkeiten daher auch den Beweis seines Rechtsverhältnisses zum herrschenden Grundstück[16] führen.

§ 171a.

IV. Verhältniß zu anderen dinglichen Rechten an der Sache nach B.G.B.

Mit Rücksicht auf den im B.G.B. geschützten Erwerb im guten Glauben und das Grundbuchrecht verdient das Verhältniß der Dienstbarkeiten zu anderen dinglichen Rechten an derselben Sache noch kurzer Erwähnung.

1. Der gutgläubige Erwerb des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache bewirkt zwar nicht das Erlöschen der an der Sache bestehenden sonstigen dinglichen Rechte, aber den Vorrang des Nießbrauchs vor allen jenen Rechten, in Ansehung derer der Nießbraucher sich beim Erwerb des Besitzes der Sache im guten Glauben befand. Doch wird dieser Vorrang dann nicht begründet, wenn der Nießbrauch nicht vom Eigenthümer bestellt und die Sache dem Eigenthümer oder, falls dieser nur mittelbarer Besitzer ist, dem Besitzer wider seinen Willen abhanden gekommen ist, soferne es sich nur nicht um Geld, Inhaberpapiere oder Sachen handelt, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert wurden[1].

2. Nach Grundbuchrecht entstehen die Grunddienstbarkeiten an Grundstücken und diesen gleichbehandelten Rechten gemäß dem Oeffentlichkeitsprinzip nur durch Eintragung in das Grundbuch[2]. Nach dem Verhältnisse der Eintragungen oder Vormerkungen zu einander bestimmt sich auch der Rang der dinglichen Rechte unter einander, soferne nicht abweichende Rangverhältnisse eingetragen sind[3], und

---

pflicht nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 823 ff.; vgl. auch oben § 164, 30.

[15] l. 2 § 1 l. 10 pr. D. 8. 5; Vangerow § 353 Anm. I. a; Sintenis, C.R. § 65, 19; Bayr. L.R. II. 7. 10 Nr. 6.

[16] Erk. München 14/10 1847 Sf. II. 12.

[1] § 1032 mit §§ 932—936 B.G.B. Erst der II. E. führte diese Bestimmung ein. Vgl. dazu M. I. Bd. III. S. 496 Ziff. 4.

[2] § 873 B.G.B.; vgl. oben § 128 Ziff. 3.

[3] § 879 III, § 881 (Rangvorbehalt) B.G.B. Vgl. hieher auch Art. 118 E.G. z. B.G.B., wonach zwar landesgesetzliche Vorschriften (z. B. Bayr. Landeskulturrentenanstaltsges. v. 20. April 1884) unberührt bleiben, welche einer Geldrente, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die dem Staate

zwar bestimmt sich das Rangverhältniß, wenn die Rechte in derselben Abtheilung des Grundbuchs eingetragen sind, nach der Reihenfolge der Eintragung oder Vormerkung, wenn sie in verschiedenen Abtheilungen des Grundbuchs eingetragen sind, nach dem Tage der Eintragung oder Vormerkung, so daß die an einem früheren Tage eingetragenen Rechte Vorrang vor dem an einem späteren Tage eingetragenen Rechte, Rechte aber, die unter Angabe desselben Tages eingetragen sind, unter sich gleichen Rang haben [4]. Diese Rangverhältnisse können freilich auch nachträglich mit Zustimmung der Betheiligten geändert werden [5].

3. Haben mehrere Dienstbarkeiten oder sonstige Nutzungsrechte an derselben Sache gleichen Rang und können sie nebeneinander nicht vollständig oder gar nicht ausgeübt werden, so kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen [6].

Die persönlichen Dienstbarkeiten [1].

§ 172.

Allgemeines.

Persönliche Dienstbarkeiten sind diejenigen, welche bestimmt sind, dem Interesse einer physischen oder juristischen Person zu dienen. Gemeinrechtlich und nach Bayrischem Landrecht ist die Zahl der Personalservituten auf drei beschränkt (usus fructus, usus, habitatio) [2]; dagegen hat das Preußische Recht alle drei in die eine Dienstbar-

---

oder einer öffentlichen Anstalt wegen eines zur Verbesserung des belasteten Grundstücks gewährten Darlehens zusteht, den Vorrang vor anderen Belastungen des Grundstücks einräumen, aber zu Gunsten Dritter doch auch hier das Oeffentlichkeitsprinzip (§§ 892, 893 B.G.B.) Platz greift.

[4] § 879 I 883 III B.G.B. Die Eintragung ist für das Rangverhältniß ohne Rücksicht darauf maßgebend, ob der dingliche Vertrag vor oder erst nach der Eintragung zu Stande gekommen ist: § 879 II B.G.B.

[5] Dafür gelten die besonderen Vorschriften in § 880 B.G.B.; auch Art. 189 I E.G. z. B.G.B.; s. hiezu oben § 167, B, II.

[6] §§ 1024, 1060, 1068 II, 1090 II B.G.B.

[1] Vgl. Elvers, Servituten § 50—61; Windscheid § 202—208; Förster Eccius § 186.

[2] Die im römischen Recht weiter aufgeführte Dienstbarkeit der operae animalium ist nicht mehr praktisch Puchta, Pandekten § 179.

keit des Nießbrauchs zusammengezogen [3]. Gleichwohl ist gemeinrechtlich und nach preußischem Landrecht die Grundlage zu einer Ausdehnung geschaffen, indem in den sog. irregulären Personalservituten die Möglichkeit, ein Recht, das gewöhnlich als Prädialservitut besteht, für eine Person als berechtigtes Subjekt zu bestellen, gegeben ist [4], was jedoch insoferne nicht als eine Ausnahme erscheint, als darin nur die theilweise Einräumung eines Nießbrauchs oder Gebrauchsrechts zu sehen ist [5]. **Das B.G.B. kennt als persönliche Dienstbarkeiten den Nießbrauch und die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten mit dem Inhalte einer Grunddienstbarkeit** [6]. Für die persönlichen Dienstbarkeiten gelten folgende allgemeine Grundsätze:

1. Sie sind an die Person des Berechtigten gebunden, daher unveräußerlich [7] und in der Regel unvererblich [8].

---

[3] Pr. L.R. I. 21. 1. 185; vgl. unten §§ 176, 177.

[4] Vgl. über diese Zachariä, A. f. C. P. XXVII. 38; Elvers, Servituten § 23; Cohnfeldt, die irregulären Personalservituten 1862; Vangerow § 339 Anm. I.; Windscheid § 202, 2; Randa, Besitz § 27, 7. Manche ziehen die Möglichkeit eines solchen Verhältnisses in Abrede und nehmen an, es könne nur als obligatorische Verpflichtung, nicht als dingliches Recht constituirt werden; allein in unseren Quellen sind Beispiele von derartigen Servituten aufgeführt l. 32 D. 7. 1; l. 4 § 6 l. 37. D. 8. 3; l. 6 D. 33. 3, und es ist die Möglichkeit der Constituirung solcher Dienstbarkeiten in Gesetzgebung und Praxis anerkannt Kreittmayr, Anm. a zu L.R. II. 9. 1; Erk. Lübeck 15|7 1850 Sf. VI. 11; 30|6 1863 Sf. XVI. 176; Cassel 24|2 1838 Sf. VIII. 113; Wolfenbüttel 28|4 1858 Sf. XV. 205; Jena 21|1 1858 Sf. XXI. 95; Darmstadt 3|3 1885 Sf. XLII. 18; Bl. XIII. 59. Auch für das Preußische Recht wird die Zulässigkeit angenommen Förster Eccius § 185, 89; Dernburg, Pr. P.R. I. § 288, 2.

[5] Das ist die gewöhnliche Construktion Windscheid § 202, 2; Arndts § 177, 3; Sintenis, C.R. § 58, 2; Erk. Berlin 4|2 1873 Sf. XXXI. 111. Auch für das Preußische Recht wird dieser Standpunkt vertreten von Förster Eccius § 185, 89. Nach einer anderen Ansicht sollen es dem deutschen Recht eigenthümliche Grunddienstbarkeiten ohne herrschendes Grundstück sein Erk. Stuttgart 3/4 1869 Sf. XXIII. 111. 112; Dresden 20|9 1878 Sf. XXXVI. 108. Grunddienstbarkeiten, die einer Gemeinde zustehen, werden von manchen als regelmäßige Prädialservituten aufgefaßt, indem sie die Gemeindemarkung als herrschendes Grundstück ansehen Erk. Jena 21|1 1851 Sf. XXI. 95; Darmstadt 21|3 1871 Sf. XXVI. 41.

[6] §§ 1030, 1090 I mit 1018 B.G.B.; s. oben § 168, 10.

[7] Windscheid § 202, 4. Vgl. unten § 175, 59. §§ 1059, 1068 II, 1085, 1092 B.G.B.

2. Die persönlichen Dienstbarkeiten sind mit Ausnahme des Nießbrauchs nicht theilbar [9].

I. Der Nießbrauch [1].

§ 173.

1. Begriff und Arten.

Der Nießbrauch ist das Recht, eine fremde Sache oder ein fremdes Recht zu benützen [2]. Nach römischem Recht war ursprünglich der Nießbrauch nur an nicht verbrauchbaren Sachen gegeben, und sollte daher nur den ohne Verletzung der Substanz möglichen

---

[8] Windscheid § 202, 4 vgl. oben § 170, 10; s. §§ 1061, 1090 II B.G.B.

[9] Windscheid § 207, 12. Dernburg § 246 a. E. Dieß gilt auch nach B.G.B. Die Theilbarkeit des Nießbrauchs ergibt sich aus §§ 1066, 741 B.G.B.

[1] Vgl. Held vom Usufruktus 1848; Bürkel, Lehre vom Nießbrauch 1864; Heimbach, Usufruktus R.L. XI. 867. B.G.B. §§ 1030—1089; R.T.B. §§ 1013—1073; II. E. §§ 340—998, I. E. §§ 980—1043; D. S. 208—211; M. I. Bd. III. S. 493—555; Ber. d. R.T.K. S. 75; Reatz S. 506—528; Krech S. 100—105; Cosack S. 56—68; Jakubezky S. 257—262; Pilch, der Nießbrauch an Inhaberpapieren mit Prämien nach dem Rechte des B.G.B., Berlin 1897.

[2] Es kommt hier der Nießbrauch in Betracht nur insoferne er als selbständiges Rechtsinstitut auftritt, nicht aber soweit die Berechtigung zur Beziehung der Nutzungen nur nach Analogie des Nießbrauchs beurtheilt wird, in Wirklichkeit aber von einem anderen Rechtsverhältniß abhängt, wie das Recht des Pfarrers an den Pfarrgrundstücken und des Vasallen am Lehen. Es sind solche Berechtigungen bei den einzelnen Rechtsinstituten zu behandeln. In dem H.G. ist nur das Recht der Nutznießung erwähnt § 5, § 22. Nr. 7, § 136, Nr. 4, Instruktion § 22; es wird dieß aber auch auf die anderen Personalservituten, namentlich das Wohnungsrecht, angewendet Erk. 22/3 50 Bl. XXV. 338, 1. Gönner, Comment. I. 133, 264, 394, II. 235. Bl. XXV. 385. Ein Aufsatz Bl. XXXII. 129 behauptet, daß dieß bei den s. g. irregulären Personalservituten keine Anwendung leide, weil diese nur als an eine Person verliehene Realservituten erscheinen. Allein wenn sie, wie oben Note 7 geschehen, nur als theilweiser ususfructus oder usus aufgefaßt werden, so ist zu dieser Ausnahme keine Veranlassung gegeben. Ueber die rechtliche Bedeutung der Eintragung der Personalservituten vgl. unten § 174. — Auch dem Miteigenthümer kann ein Nießbrauch an der gemeinschaftlichen Sache d. h. an den Antheilen der Anderen bestellt werden § 1009 II B.G.B.

Gebrauch enthalten[3]; durch die gesetzliche Bestimmung, daß ein Nießbrauch auch an verbrauchbaren Sachen zulässig sei[4], wurde der Begriff ausgedehnt, und es ist dieß auch in das bayrische, preußische Recht und in das B.G.B. übergegangen[5]. Von manchen wird der Nießbrauch in der letzteren Gestalt als quasi ususfructus oder uneigentlicher Nießbrauch unterschieden[6], oder gar nicht zu den Servituten gerechnet[7]; richtiger ist es, nach dem Vorgang der neueren Gesetzgebungen[8] den Nießbrauch als einheitliches Rechtsinstitut zu behandeln, bei welchem nur die Verschiedenheit der Gegenstände, auf die er sich bezieht, für einzelne Seiten des Rechtsverhältnisses von Einfluß ist[9]. Es ist dieß nothwendig schon für

---

[3] l. 1 D. 7, 1. Ususfructus est jus alienis rebus fruendi salva rerum substantia.

[4] l. 1 D. 7. 5. Vgl. darüber Elvers, Servituten 578; Windscheid § 206 2.

[5] Bayr. L.R. II. 9. 10; Pr. L.R. I. 21. 173. 174. B. G. B. § 1067.

[6] Dieß geschieht noch jetzt durchgängig von unseren gemeinrechtlichen Schriftstellern, so z. B. Windscheid § 206. Es beruht dieß auf l. 2 § 1 D. 7. 5: remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi.

[7] So Elvers, Servituten 579; Sintenis, C.R. § 59, 50.

[8] Das bayr. und preuß. Landrecht behandeln den verus und quasi ususfructus als einheitliches Rechtsinstitut, indem sie die Nothwendigkeit der Erhaltung der Substanz nicht als Erforderniß des Nießbrauchs erklären. So sagt Bayr. L.R. II. 9. 1: „Der Nießbrauch ist eine rechtliche Befugniß, fremdes Gut zu benutzen"; Pr. L.R. I. 21. 22: „das vollständige Nutzungsrecht oder die Befugniß, eine fremde Sache nach Art eines guten Hausvaters ohne weitere Einschränkung zu benutzen und zu gebrauchen, wird der Nießbrauch genannt". Das B. G. B. sagt in § 1030 allerdings: „Eine Sache kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, die Nutzungen der Sache zu ziehen", allein nach § 1067 B.G.B. wird der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen zweifellos als Unterart des Nießbrauchs und Dienstbarkeit behandelt; die Ziehung der Nutzungen liegt hier im Verbrauchen. Vgl. auch Pilch §§ 1, 3 S. 8.

[9] Es liegt hier das gleiche Verhältniß vor wie bei der Dos, für welche unter sich abweichende Regeln gelten, je nachdem sie in vertretbaren, in nicht vertretbaren beweglichen oder in unbeweglichen Sachen besteht, und je nachdem sie gegen eine Schätzungssumme übergeben ist oder nicht. Nach dieser Verschiedenheit der Gegenstände ist das Recht des Ehemanns verschieden, sowohl was das Recht an der Sache als was die Dispositionsbefugniß und die Restitutionspflicht betrifft; und doch spricht man immer von einem einheitlichen Rechtsinstitut der Dos. Das Gleiche findet beim Nießbrauch statt, indem die

die Anwendung der Grundsätze des römischen Rechts, da auch nach diesem die Möglichkeit einer Verbindung der Nutznießung an verbrauchbaren und nicht verbrauchbaren Sachen zu einem einheitlichen Rechtsverhältniß gegeben ist [10]; noch vielmehr aber nach der neueren Rechtsentwicklung, in welcher eine Verbindung des römischen Ususfruktus mit der deutschen Leibzucht vollzogen ist. Auch das ältere deutsche Recht kannte nämlich ein dem römischen Ususfruktus analoges Rechtsinstitut, welches man jetzt mit dem gemeinsamen Namen der Leibzucht bezeichnet [11], und das in der Hauptsache dem Institut entspricht, das in unserem neueren Recht als Recht der Nutznießung aufgeführt wird [12]. Gerade dieses unterscheidet sich aber von dem römischen Ususfruktus darin, daß es auf alle Arten von Vermögensgegenständen ausgedehnt ist [13].

Der Nießbrauch kann an allen Sachen und Rechten [14], **nach**

---

beiden Arten desselben in dem Recht an der Sache und in der Dispositionsbefugniß und Restitutionspflicht des Berechtigten sich unterscheiden.

[10] Bei dem Nießbrauch an einem ganzen Vermögen wird auch nach römischem Recht Verbindung des verus und quasi ususfructus zu einem einheitlichen Rechtsverhältniß angenommen Arndts § 181; Seuffert, Pandekten § 170, 1; gerade dieses aber ist jetzt der gewöhnliche Fall, während Nießbrauch an einzelnen Sachen seltener vorkommt. Vgl. dazu auch § 1085 B.G.B.

[11] Maurenbrecher, P.R. § 254, 256. Aeltere Schriftsteller gebrauchen diesen Ausdruck nur von dem bäuerlichen Austrag: indessen findet er sich schon Ssp. I. 21 für das Leibgeding der Wittwe, und war später allgemein für alle Nutzungsrechte in Uebung Maurenbrecher, P.R. § 254, 6.

[12] Maurenbrecher, P.R. § 254 will als allgemeines Unterscheidungsmerkmal der deutschen Leibzucht und des Ususfruktus aufstellen, daß bei ersterer der Berechtigte über die Substanz verfügen dürfe, daß er keine Caution zu bestellen habe, und daß er zu positiven Handlungen verpflichtet sei. Allein diese Annahmen entbehren durchaus der Begründung.

[13] In den deutschrechtlichen Quellen findet sich nichts, was auf eine dem verus und quasi ususfructus entsprechende Unterscheidung der Leibzucht gedeutet werden könnte.

[14] l. 13 § 1 D. 7. 1; l. 3 D. 7. 5; Windscheid § 200, 5; § 206, 7; Pr. L.R. I. 21. 1. B.G.B. § 1068[1]: Gegenstand des Nießbrauchs kann auch ein Recht sein. Auf den Nießbrauch an Rechten finden nach B.G.B. die Vorschriften über den Nießbrauch an den Sachen entsprechende Anwendung vorbehaltlich der besonderen Vorschriften der §§ 1069—1084 B.G.B. Dabei gelten wieder die Vorschriften über den Nießbrauch an einer Forderung auch für den Nießbrauch an einer Grundschuld und an einer Rentenschuld § 1080 B.G.B. Als Nieß

B.G.B. nur an übertragbaren Rechten [15], daher auch an einem ganzen Vermögen [16] begründet sein. Je nach der Beschaffenheit des Objekts ist indessen auch jetzt noch zu unterscheiden, indem bei dem Nießbrauch an verzehrbaren Sachen die Restitutionspflicht, daher auch das Dispositionsrecht anders geregelt ist als bei dem Nießbrauch an nicht verzehrbaren Sachen [17]. Bestritten ist, zu welcher Kategorie der Nießbrauch an Rechten, namentlich an Capitalien, zu rechnen sei [18]; während die einen ihn immer zum Nießbrauch an verzehrbaren [19], die anderen zum Nießbrauch an unverzehrbaren Sachen rechnen [20], will eine dritte Meinung nach dem Gegenstand des Forderungsrechts unterscheiden [21]. Aber auch von

---

brauch an einer Forderung wird auch der Nießbrauch an einem Inhaberpapier oder mit Blankoindossament versehenen Ordrepapier behandelt, jedoch mit einigen besonderen Bestimmungen § 1081, insbesondere wird er als Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen behandelt, wenn das Papier eine verbrauchbare Sache im Sinne des § 92 B.G.B. ist: § 1084 B.G.B. — Pilch § 4 bezeichnet den Nießbrauch an einem Rechte als dingliche Belastung des Anspruchs.

[15] § 1069 II. Ueber die Gründe für und wider s. Reatz S. 521 Nt. 4. Nicht übertragbar sind z. B. besonders Rechte in den Fällen der §§ 399 (bei Veränderung des Leistungsinhaltes durch die Leistung an einen anderen Gläubiger oder bei vertragsmäßigem Cessionsverbot), 400, (unpfändbare Forderungen), 719 (Antheil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen), 1059 (Nießbrauch,) 1092 (beschränkt persönliche Dienstbarkeit), dann in den Fällen der § 613, 664 II, 714, 717, 847, 1300 II, 1408, 1658, 1427, 1585, 1623, 1655, 1656 B.G.B.

[16] l. 3 D. 7. 5; l. 29. 34 § 2 D. 7. 1; Glück, Comment. IX. 176, 94; Bayr. L.R. II. 9. 3 Nr. 2; Pr. L.R. I. 21. 42. 71; B.G.B. § 1085.

[17] Vgl. unten § 175, 1 u. 84. Dieß gilt auch nach B.G.B. für den Nießbrauch am ganzen Vermögen vorbehaltlich der besonderen Bestimmungen in §§ 1086—1088. — Ueber den Nießbrauch an einem Vermögen s. besonders auch M. I. B. III. S. 558—565.

[18] Vgl. Steinberger über den usufructus nominis Z. f. C.R. XI. 159; Duncker, A. f. Pr. R.W. VI. 6; Thomas de usufructu nominum 1837; Mansbach, der Nießbrauch an Forderungen 1880; Stammler, der Nießbrauch an Forderungen 1880; Windscheid § 206, 9.

[19] Glück, Comment. IX. 172. 408; Elvers, Servituten 597; Puchta, Pandekten § 182; Erk. Rostock 18/11 1861 Sf. XVII. 65.

[20] S. die bei Glück, Comment. IX. 406, 7 und Steinberger Z. f. C.R. XI. 150, 1. 2 Citirten.

[21] Steinberger, Z. f. C.R. XI. 159; Windscheid § 206, 9; Sintenis, C.R. § 59, 57.

diesem Standpunkt aus wird der Nießbrauch an Capitalien gewöhnlich als uneigentlicher Nießbrauch erklärt[22]. Das bayrische und preußische Landrecht behandeln durchgängig den Nießbrauch an Forderungen als Nießbrauch an unverzehrbaren Objekten[23].

[22] Steinberger, Zeitschrift für C.R. XI. 176; Schönemann, Servituten § 24; Heimbach, R.L. XI. 953; Lang, Sachenrecht § 89, 6. Andere unterscheiden, ob der Nießbrauch nur an den Zinsen oder an dem Capital selbst bestellt sei, und nehmen in dem ersteren Fall verus, in dem letzteren quasi usufructus an s. die bei Glück, Comment. IX. 407, 12—14 Citirten; Held, Usufructus § 12; Seuffert § 170, 8.

[23] So das Bayrische Landrecht Kreittmayr, Anm. f. zu L.R. II. 9. 10 und Anm. d. zu L.R. II. 9. 3. „Baargeld gehört unstreitig mehr ad quasi als verum usumfructum . . . das nämliche behauptet Leyser in Spec. 106. § 5 auch von Capitalien und erlaubt dahero Usufructuario, daß er ebenfalls ganz frei damit schalten und walten sofort solche nach eigenen Belieben ohnersucht des Proprietarii aufkünden einbringen oder transportiren könne, worinfalls wir aber anderer Meinung sein müssen, nachdem bereits oben § 3. Lit. a. Erwähnung geschehen ist, was gestalten die inter Sabinianos et Proculeianos obgewaltete Controvers, utrum detur verus ususfructus nominis, endlich von Ulpiano affirmative decidirt worden, quo Supposito sich von selbst ergibt, daß Usufruktuarius ohne Consens des Proprietarii das Kapital weder angreifen noch, so lange keine Verlustsgefahr vorhanden ist, oder der Debitor solches selbst nicht mehr behalten will, aufkünden und retiniren darf, weil der Genuß in vero usufructu obverstandnermaßen anderer Gestalt nicht als salva rei Substantia exercirt wird." Pr. L.R. I. 21. 101. 104; Dernburg, Pr. P.R. I. § 285, 3. Anders ist die Frage nach §§ 1068—1084 B.G.B. zu beantworten. Die Befugnisse des Nießbrauchers sind hier verschieden, je nachdem eine unverzinsliche Forderung oder verzinsliche Forderung Gegenstand des Nießbrauchs ist; ersteren Falls ist der Nießbraucher schlechthin kündigungs- und einziehungsberechtigt, sogar einziehungsverpflichtet; je nachdem die geleistete Sache verbrauchbar oder nicht verbrauchbar ist, liegt dann ein quasi oder verus ususfructus vor. Bei verzinslichen Forderungen sind nur Gläubiger und Nießbraucher gemeinschaftlich kündigungs- und einziehungsberechtigt und muß das geleistete Capital hier stets nach Angabe des Nießbrauchers verzinslich angelegt und gleichzeitig dem Nießbraucher der Nießbrauch bestellt werden; je nachdem die angeschafften Papiere verbrauchbare sind oder nicht, entsteht wieder ein quasi oder verus ususfructus. Daraus ergibt sich, daß in Ansehung des Capitals selbst bei unverzinslichen Forderungen ein quasi, bei verzinslichen Forderungen ein verus ususfructus vorliegt und daß jenachdem die geleistete Sache oder die aus dem geleisteten Capitale

§ 174.

2. Begründung.

Der Nießbrauch kann durch Privatdisposition, Zeitablauf und Gesetz begründet werden. Für die beiden ersten Begründungsarten kommen die allgemeinen, bei allen Dienstbarkeiten geltenden Grundsätze in Anwendung; **die Bestellung des Nießbrauchs an einem Rechte erfolgt nach B.G.B. nach den für die Uebertragung des Rechts geltenden Vorschriften**[1]; **zur Bestellung des Nießbrauchs an einem Inhaberpapier oder an einem mit Blankoindossament versehenen Ordrepapier genügt an Stelle der Uebergabe des Papiers die Einräumung des Mitbesitzes**[2]. Für die Fälle der Entstehung durch Gesetz sind vielfältig die Grundsätze des Familienrechts und Erbrechts bestimmend. Manche scheiden daher die Darstellung des gesetzlichen Nießbrauchs aus der Lehre von den Dienstbarkeiten aus, theils weil sie darin nur ein dem Familienrecht angehörendes Verhältniß sehen, theils weil sie den gesetzlichen Nießbrauch als ein von der Personalservitut des Nießbrauchs völlig verschiedenes Institut betrachten. Die Abweichungen sollen darin bestehen, daß bei dem gesetzlichen Nießbrauch der Berechtigte keine Caution zu errichten habe[3] und daß der Inhalt ein anderer sei, indem dem Berechtigten bei dem gesetzlichen Nießbrauch eine weitergehende Dispositionsbefugniß zustehe. Allein diese Ansicht entbehrt der Begründung[4]

---

angeschaffte Sache eine verbrauchbare oder nicht verbrauchbare ist, das B.G.B. den Nießbrauch an dieser als quasi oder verus ususfructus behandelt.

[1] § 1069 II B.G.B. Vgl. hiezu § 398, 1159 (an Forderungen durch formlosen Vertrag, aber § 403), § 873 (an dinglichen Rechten an Grundstücken oder Erbbaurechten [§ 1017] durch abstrakt dinglichen Vertrag und Eintragung in das Grundbuch) § 413 (an sonstigen Rechten durch formlosen Vertrag, aber § 403), §§ 1154, 1192, an Brief-Hypothekforderungen oder Briefgrundschulden durch schriftliche Bestellungserklärung oder Eintragung der Bestellung in das Grundbuch und Uebergabe des Hypotheken- oder Grundschuldbriefes.

[2] §§ 1081 II, 793 B.G.B.

[3] Die Befreiung von der Cautionspflicht ist nach der neueren Rechtsentwicklung nicht einmal im gemeinrechtlichen Rechtsgebiet ein durchgehendes Unterscheidungsmerkmal unten § 175, 83 f.; das Preußische Recht kennt überhaupt keine allgemeine Cautionspflicht unten § 175, 118.

[4] Die hier erörterte Frage kann überhaupt so allgemein nicht gestellt, sie muß auf den gesetzlichen Beisitz der Eltern an dem Vermögen der aufgelösten

und ist ohnehin für das bayrische und preußische Landrecht nicht anwendbar. Der gesetzliche Nießbrauch ist vielmehr nach den für den Nießbrauch überhaupt geltenden Regeln zu beurtheilen, und nur in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmungen gelten für ihn von den allgemeinen abweichende Grundsätze[5]. **Das B.G.B. kennt Fälle des gesetzlichen Nießbrauchs nicht**[6]. Die einzelnen im geltenden Recht begründeten Fälle des gesetzlichen Nießbrauchs sind folgende:

I. In dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts[7] hat der sich wieder verheiratende Ehegatte den lebenslänglichen Nießbrauch an dem Ehegewinn und an dem Erbtheil eines verstorbenen erstehelichen Kindes, das er zugleich mit dessen Geschwistern beerbt hat, während das Eigenthum dieser Vermögenstheile den erstehelichen Kindern zufällt[8]. Gemeinrechtlich ist die Frage der Cautionsbefreiung bestritten[9]; nach Bayrischem Landrecht ist nur der Vater von der Cautionsleistung befreit[10].

II. In dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts erwirbt der Ehemann an der Dos, die Ehefrau an der donatio propter nuptias, für welche ihnen vertragsmäßig der Anfall nach Auflösung der Ehe

---

Ehe, den gesetzlichen Nießbrauch des Vaters an dem nichtfreien Vermögen der Kinder und den Nießbrauch des Ehemanns an dem ehefräulichen Vermögen beschränkt werden. In dieser Hinsicht ist die Begründung der oben ausgesprochenen Meinung unten Note 30 und 33 gegeben. Für die übrigen Fälle des gesetzlichen Nießbrauchs gelten keine von den gemeinen Regeln abweichenden Bestimmungen unten Note 12, 21 und 27.

[5] Erk. Wiesbaden 30/5 1838 Sf. VII. 394 ist ausgesprochen, daß bei Leibzucht die über die Art der Ausübung des Nießbrauchs im Allgemeinen geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen, soweit nicht gesetzliche Vorschriften etwas anderes bestimmen oder die Natur des Instituts es mit sich bringt. Man kann dieß auf den gesetzlichen Nießbrauch allgemein anwenden.

[6] Vgl. oben § 169, 2.

[7] Im Preußischen Recht ist diese Bestimmung nicht aufgenommen.

[8] Vgl. oben § 88, 7, 12. Ohne Grund wird von Manchen angenommen, daß dieses Nutznießungsrecht dem an dem nichtfreien Kindervermögen gleichstehe Elvers, Servituten 57b. — Das B.G.B. kennt eine solche Vorschrift überhaupt nicht. Das von einem Kinde ererbte Vermögen ist der elterlichen „Nutznießung" unterworfen, wenn der Erblasser nicht das Gegentheil bestimmt hat § 1651 Ziff. 2 B.G.B.

[9] Windscheid § 204.

[10] Bayr. L.R. I. 6. 47; II. 9. 24: 1.

zugesichert ist, bei dem Vorhandensein von Kindern das Eigenthum nur an einem Kopftheil, während sie an dem übrigen nur Nießbrauch erhalten [11]. Für diesen Nießbrauch fehlt es an näheren Bestimmungen, und er ist daher nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen [12]. Nach Bayrischem Landrecht hat bei bekindeter Ehe der Ehemann an der bestellten Dos, die Ehefrau an der Widerlage lebenslänglichen Nutzgenuß anzusprechen [13].

III. Bei Ehescheidung fällt gemeinrechtlich [14] die Ehescheidungsstrafe den vorhandenen Kindern zum Eigenthum zu, und der unschuldige Theil hat daran nur lebenslänglichen Nießbrauch [15]. Diese Vorschrift ist in einem Theile unserer Statuten beseitigt. Wo sie zur Anwendung kommt [16], richtet sich der Nießbrauch nach den unter Ziff. II aufgeführten Grundsätzen [17].

IV. Die arme Wittwe, welche gemeinrechtlich ein Erbrecht an dem Vermögen des Ehemannes hat [18], erhält, wenn sie mit eignen Kindern concurrirt, nur lebenslänglichen Nießbrauch an ihrer Erb-

[11] Nov. 98. c. 1; Nov. 127. c. 3; Windscheid § 506, 16.

[12] Elvers, Servituten 577 hält die für die Nutznießung an dem nichtfreien Vermögen der Kinder geltenden Grundsätze auch hier für anwendbar, allein es fehlt für diese Behauptung jeder positive Anhaltspunkt.

[13] Bayr. L.R. I. 6. 36 Nr. 7; I. 6. 37 Nr. 6. — Solche Vorschriften sind dem B.G.B. unbekannt.

[14] Die Bestimmungen des römischen Rechts kommen nicht in allen Theilen des gemeinrechtlichen Rechtsgebiets zur Anwendung oben § 87, 2 ff., auch nicht nach Preußischem Recht oben § 87, 30 ff.

[15] l. 11 § 1 Cod. 5. 17; Nov. 117. c. 8. 9; vgl. oben § 87, 9. In Ermanglung besonderer Bestimmungen kommen für diesen Nießbrauch die allgemeinen Regeln zur Anwendung; a. M. Elvers, Servituten 577 Nr. 4.

[16] Nach Anm. 1a und 2 zu Bayr. L.R. I. 6. 43 erhält der unschuldige Theil die Ehescheidungsstrafe eigenthümlich; das gleiche gilt nach Preußischem Landrecht Förster, P. P.R. § 215, 29. Die Ehescheidungsstrafe fällt nach denjenigen Statuten hinweg, welche für den schuldigen Theil Verlust des ganzen Vermögens aussprechen oben § 87, 16. Auch das B.G.B. kennt keine Ehescheidungsstrafe.

[17] § 1 l. 11 Cod. 5, 17.

[18] Windscheid § 574, 2. Dieses Erbrecht findet nur in dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts Anwendung, und auch hier ist es für einzelne Landesrechte gesetzlich ausgeschlossen. Das Erbrecht der armen Wittwe ist dem B.G.B. unbekannt; dafür ist jeder überlebende Ehegatte gesetzlicher Erbe und unter gewissen Umständen noch vorausberechtigt §§ 1931—1935 B.G.B.

portion[19]. Da das Gesetz nähere Bestimmungen nicht getroffen hat, so sind die allgemeinen für den Nießbrauch geltenden Grundsätze dafür anwendbar[20].

V. Auf Grund der während der Ehe in Geltung gewesenen ehelichen Güterordnung hat der überlebende Ehegatte den Beisitz an dem Vermögen des Verstorbenen in folgenden Fällen anzusprechen:

1. bei unbeerbter Ehe:

a. bei allgemeiner Gütergemeinschaft nach Preußischem Landrecht[21], der Nürnberger Reformation[22], dem Recht des F. Kempten[23];

b. bei Errungenschaftsgemeinschaft nach der Nürnberger Reformation[24], Bayrischem Landrecht[25] und dem Recht der Stadt Regensburg[26].

Der Beisitz des überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des Verstorbenen bei unbeerbter Ehe richtet sich, soweit das Statut ihm nicht größere Rechte einräumt, nach den allgemeinen Grundsätzen[27];

2. bei beerbter Ehe. Zahlreiche Gesetze bestimmen auf Grund des während der Ehe in Geltung gewesenen ehelichen Güterrechts bei beerbter Ehe ein Beisitzrecht beider Eltern[28], auf welches, insoferne die Statuten nicht ausdrücklich anders vorschreiben[29], die für den Nießbrauch geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen[30].

VI. Gemeinrechtlich und nach Preußischem Recht[31] hat der Vater ein Nießbrauchsrecht an dem nichtfreien Vermögen der Haus-

---

[19] Nov. 117. c. 5; Windscheid § 355, 20.

[20] Elvers, Servituten 577 Nr. 5 nimmt auch hier Befreiung von der Cautionspflicht an; allein in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen müssen hier die allgemeinen Grundsätze als maßgebend angesehen werden.

[21] Vgl. Roth, D. Pr.R. § 110, 17.

[22] Vgl. oben § 79, 3.

[23] Vgl. oben § 79, 8.

[24] Vgl. oben § 84, 16.

[25] Vgl. oben § 84, 9.

[26] Vgl. oben § 84, 20.

[27] Als Nießbrauch ohne weiteren Beisatz wird das Recht bezeichnet in Pr. L.R. II. 1. 246; Bayr. L.R. I. 6. 38 Nr. 2.

[28] S. die Zusammenstellung oben § 79, Ziff. II. 2, § 84 Ziff. II. 2 und Roth, D. Pr.R. § 162, 17—20.

[29] Vgl. Roth, D. Pr.R. § 162, 27.

[30] Vgl. Roth, D. Pr.R. § 162, 28; Erk. Wiesbaden 30|5 1838 Sf. VII. 194. Vgl. auch Erk. Jena 30|12 1841 Sf. IX. 197 und Bl. XXXI. 50.

[31] Vgl. oben § 101, 47. Dem Nutzungsrecht des Vaters steht nach einzelnen Statuten das beiden Eltern am Kindervermögen zustehende Beisitzrecht gleich, Roth, D. Pr.R. § 162, 1.

kinder; die für dieses Nutzungsrecht geltenden Grundsätze weichen in mancher Beziehung von den für die Nutznießung im Allgemeinen geltenden Grundsätzen ab[32]; allein darin liegt keine Veranlassung, den Nießbrauch an dem nichtfreien Vermögen für ein besonderes von dem gemeinen Nießbrauch zu unterscheidendes Institut anzusehen, da diese Abweichungen auf dem Familienrecht beruhen, die mit der Nutznießung nur äußerlich in Verbindung gebracht sind[33].

VII. Nach der Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft steht dem Ehemann an dem nicht vorbehaltenen Vermögen der Ehefrau das Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs zu[34].

§ 175.

3. Inhalt.

Für den Inhalt des Nießbrauchsrechts gelten folgende Grundsätze:

I. Rechte des Nießbrauchers.

1. Ansprüche des Nießbrauchers. Verbrauchbare Sachen gehen in das Eigenthum des Nießbrauchers über, und er hat die freie Disposition darüber, wobei er nur die Verpflichtung hat, bei Beendigung des Nießbrauchs den Werth oder die gleiche Quantität der Sachen zu restituiren[1]. Bei nicht verbrauchbaren Sachen ge-

---

[32] Die wichtigsten Abweichungen sind, daß der Vater gemeinrechtlich nicht an die Beschränkungen des Nießbrauchers hinsichtlich der Substanzveränderungen gebunden ist, während er nach Preußischem Recht den gleichen Beschränkungen unterliegt oben § 101, 56, und daß ihm theilweise das Recht der Veräußerung von Mobilien zusteht oben § 101, 70 ff. Dagegen ist die gemeinrechtlich begründete Befreiung von der Cautionspflicht kein durchgehendes Unterscheidungsmerkmal oben § 101, 70 ff.

[33] Entscheidend ist der Umstand, daß das Verwaltungsrecht des Vaters von seinem Nutzungsrecht unabhängig ist, und dieses ihm auch an solchen Vermögenstheilen zusteht, an denen er ein Verwaltungsrecht nicht hat oben § 101, 50. 51. Steht dem Vater nur die Nutznießung ohne das Recht der Verwaltung zu, so ist doch die Anwendbarkeit der für das gemeine Nutznießungsrecht geltenden Grundsätze nicht zu bezweifeln Roth, D. Pr.R. § 168, 55. — Anders nach B.G.B. Die elterliche Nutznießung ist nicht Nießbrauch im Sinne der §§ 1085 ff. Ebenso Pilch § 7 S. 33.

[34] Vgl. oben § 85, 9.

[1] l. 2 pr. l. 6. 7 D. 7. 5; Windscheid § 206, 3; Bayr. L.R. II. 9. 10 Nr. 1; Pr. L.R. I. 21. 173. Nach B.G.B. § 1067 besteht nur Werthersatzberechtigung und -Verpflichtung und zwar ist der Werth zur Zeit der Bestellung zu ersetzen, den jeder Theil auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen kann.

währt das Nießbrauchsrecht die Befugniß, den Gegenstand desselben zu gebrauchen [2] und die Früchte zu beziehen [3]; der Berechtigte hat daher Anspruch auf Detention der Sache [4]. **Beim Nießbrauch an Inhaberpapieren oder mit Blankoindossamenten versehenen Ordrepapieren haben jedoch nach B.G.B. das Recht auf gemeinschaftlichen Besitz des Papiers wie des zugehörigen Erneuerungsscheines der Nießbraucher und der Eigenthümer; nur auf den Besitz der zugehörigen Zins-, Renten- oder Gewinnantheilscheine hat der Nießbraucher ein ausschließliches Recht** [5]. In dem Nießbrauchsrecht ist jedenfalls die Befugniß gegeben, die Sache zu gebrauchen, auch wenn sie keine Früchte trägt [6]; es ist damit aber zugleich die Befugniß gegeben, aus dem Gegenstand jeden Nutzen zu ziehen, der mit Erhaltung der Substanz vereinbar ist, also eine Sache, die an sich keine Früchte trägt, durch Vermiethung nutzbar zu machen [7]. Bei fruchttragenden Sachen hat der Nießbraucher Anspruch auf alle Civil- und Naturalfrüchte der Sache [8] und aller ihrer Accessionen [9].

---

[2] l. 12 § 1 l. 42 pr. D. 7. 1; Windscheid § 203, 3. Das Recht erstreckt sich ebenso auf die Zubehörungen der Sache l. 15 § 6 D. 7. 1; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 1.

[3] l. 14 § 1 D. 7. 8; Windscheid § 203, 4; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 1; Pr. L.R. I. 21. 23. B.G.B. § 1030 I. Wichtig ist aber die Einschränkung des § 1039 B.G.B.; s. unten Nt. 27.

[4] l. 60 § 1 D. 7. 1; Elvers, Servituten 460; 2. § 1036 I B.G.B. (unmittelbarer Besitzer). Nach Preußischem Recht ist er unvollständiger Besitzer Förster Eccius § 186, 51. Bei Capitalsnutznießung kann jedoch nach Pr. L.R. I. 21. 109 gegen Bestellung einer gehörigen Caution der Eigenthümer das Capital selbst an sich nehmen Förster Eccius § 186, 50.

[5] § 1081 I B.G.B.; daher der Satz oben § 174, 2. Nach § 1082 B.G.B. kann Nießbraucher und Eigenthümer Hinterlegung des Papiers und Talons verlangen, so zwar, daß die Herausgabe nur von beiden gemeinschaftlich verlangt werden kann. Der Nießbraucher kann auch Hinterlegung bei der Reichsbank verlangen.

[6] l. 41 D. 7. 1; Glück, Commentar IX. 433; Windscheid § 203, 3; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 2; B.G.B. § 1030 I mit § 100.

[7] l. 12 § 2 D. 7. 1; Windscheid § 205, 3. B.G.B. § 1030 I mit § 99 I, III, § 100, § 1056 I. Vgl. unten Note 60.

[8] l. 7 § 1 D. 7. 1, vgl. oben Note 3. § 1030 I, 99 I, III, 100 B.G.B. Der Nießbrauch ist theilbar und kann daher an einem ideellen Theil der Sache zustehen, entweder mehreren Nutznießern in Gemeinschaft, oder dem Nutznießer in Gemeinschaft mit dem Eigenthümer Windscheid § 205, 6—8; Bayr. L.R. II. 9. 2 Nr. 5. § 1066 B.G.B., s. oben § 173, 9. A. M. Sintenis, C.R.

Nach Preußischem Recht kann der Nießbrauch auch nach dem Bedürfniß des Nießbrauchers verliehen werden[10], entweder nach dem Bedürfniß nur für seine Person[11] oder seiner Familie[12]. Der Umfang des Bedürfnisses wird nach den zur Zeit der Einräumung vorhandenen Umständen bestimmt[13]. **Nach B.G.B. kann der Nießbrauch durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden**[14]. Als natürliche Früchte erscheinen alle organischen Erzeugnisse der Sache[15], der Nutznießer hat daher Anspruch auf die regelmäßigen Erträgnisse ländlicher Grundstücke[16], namentlich die darauf gezogenen Industrialfrüchte[17], die regelmäßige Holznutzung[18], die Ausbeute unterirdischer Produkte, soweit sie Theile

---

§ 57, 14, der beim Nießbrauch Mitausübung des Eigenthümers für ausgeschlossen hält.

[9] Die Accessionen als solche verbleiben dem Eigenthümer, das Gebrauch- und Nutzungsrecht des Nießbrauchers erstreckt sich jedoch auch auf sie l. 9 § 4 D. 7. 1; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 1; Pr. L.R. I. 21. 24. Ausgeschlossen ist wie bisher, so auch nach B.G.B. der Nießbrauch am Antheile des Eigenthümers an dem in seiner Sache gefundenen Schatz § 1040 B.G.B.; s. auch oben § 151, 66 und unten Nt. 19.

[10] Pr. L.R. I. 21. 185. Es ist diese Form an die Stelle des gemeinrechtlichen Usus getreten, vgl. unten § 176, 6.

[11] Pr. L.R. I. 19. 26. Hier haben seine Hausgenossen keinen Anspruch auf Theilnahme.

[12] Pr. L.R. I. 19. 17. Hier nehmen auch die in der Folge hinzukommenden Mitglieder Theil. Die Einräumung als Theil einer Besoldung gilt als Einräumung an die Familie Pr. P.R. I. 19. 28; Förster Eccius § 186, 44.

[13] Pr. L.R. I. 19. 24; Förster Eccius § 186, 41.

[14] § 1080 II B.G.B.

[15] Vgl. oben § 57, 3. Es gehören dahin sowohl die von selbst wachsenden als die Industrialfrüchte. — Nach B.G.B. hat der Nießbraucher Anspruch auf alle Früchte der Sache. Früchte einer Sache sind die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird (Naturalfrüchte), ferner die Erträge, die eine Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (Civilfrüchte). § 99 I und III.

[16] l. 9 pr. D. 7. 1; Windscheid § 208, 6.

[17] Elvers, Servituten 481, namentlich Getreide l. 25 § 1 D. 22. 1; Grasertrag und Baumfrüchte l. 13 D. 7. 4.

[18] Ueber den Nießbrauch an Waldungen vgl. Laspayres, A. f. C. Pr. XIX. 71; Vangerow § 344 Anm. 1 Der Nießbraucher hat daran nur den forstmäßigen Gebrauch, ist aber nicht auf seinen persönlichen Bedarf beschränkt l. 9 § 7 D. 7. 1; Glück, Comm. IX. 205; Elvers, Servituten 482; Erk.

des Bodens sind [19], die Ergebnisse der Jagd und Fischerei, soweit sie dem Eigenthümer zustehen [20], bei dem Nießbrauch an Thieren die regelmäßigen Produkte derselben [21]. Dem Nießbraucher gehören ferner alle Civilfrüchte der Sache, sowohl diejenigen, welche dieselbe zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs bereits trägt [22], als diejenigen, welche der Nießbraucher durch Dispositionen über

Oldenburg 31|12 1847 Sf. III. 9; München 18|11 1881 Sammlung IX. 112; Kreittmayr, Anm. 2d zu L.R. II. 9. 4; Pr. L.R. I. 21. 32 Förster Eccius § 186, 25. Bei Windbrüchen kann der Nutznießer nach l. 12 pr. D. 7. 1 nur seinen Wirthschaftsbedarf entnehmen Glück, Commentar IX. 207, 89; Vangerow § 344. I. 4; nach Pr. L.R. I. 21. 33. 34 gehört ihm davon nur der Theil, der in die ordinäre Forstnutzung fällt. Einzelne stehende Bäume darf der Nutznießer nicht hauen, es steht ihm jedoch die wirthschaftliche Benutzung und das Holz der abgestorbenen Bäume zu l. 11 l. 13 § 4 l. 18 pr. D. 7. 1; Vangerow § 344. I. 4. Nach Pr. L.R. I. 21. 35. 36 hat er die Nutznießung nur an dem Werth der gefällten Bäume Förster Eccius § 186, 27.

[19] l. 9 § 2 D. 7. 1; Schröder, A. f. C. Pr. XLIX. 381; Kreittmayr, Anm. 26 zu Bayr. L.R. II. 9. 4; Pr. L.R. I. 21. 39; Förster Eccius § 186, 20. Die im Berggesetz als regal erklärten Mineralien sind nicht Theile des Bodens, und der Nutznießer als solcher hat darauf so wenig Anspruch als der Eigenthümer des Bodens. Der im Boden gefundene Schatz ist nicht Erträgniß; der dem Grundeigenthümer gebührende Antheil verbleibt diesem, der Nutznießer hat keinen Anspruch darauf l. 7 § 12 D. 24. 3; Glück, Comment. IX. 209, 100; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 6; Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 9. 4; Pr. L.R. I. 21. 41; B.G.B. § 1040 (s. oben Nt. 9).

[20] l. 9 § 5 D. 7. 1; Kreittmayr, Anm. 8 c zu Bayr. L.R. II. 3. 3 und Anm. 2 c zu Bayr. L.R. II. 9. 4.

[21] l. 12 § 2 D. 7. 8; l. 28 pr. D. 22. 1; Elvers, Servituten 486. Die geworfenen Jungen gehören bei Nießbrauch an einzelnen Thieren dem Nießbraucher l. 68 § 1. 2, l. 29 D. 7. 1; Elvers, Servituten 486; bei Nießbrauch an einer Heerde nur, soweit die Kopfzahl dadurch vermehrt ist l. 70 § 3 D. 7. 1; Windscheid § 203, 11; Pr. L.R. I. 21. 17.

[22] Es gehören dahin die Erträgnisse von Miethverträgen, in welche der Nießbraucher eintreten muß l. 59 § 1 D. 7. 1; der Canon aus einem Platzrecht Elvers, Servituten 497; die Zinsen belegter Capitalien l. 24 pr. D. 33. 2; Windscheid § 206, 8; Raten einer Leibrente Pr. L.R. I. 21. 42; nicht aber der Gewinn aus einer Prämienanleihe Förster Eccius § 186, 31. Nach B.G.B. bezieht der Nießbraucher alle Civilfrüchte, die während der Dauer seiner Nießbrauchsberechtigung fällig werden: § 101 Ziff. 2. Dem Nießbraucher einer Leibrente, (§§ 759 ff., 330), eines Auszugs (Art. 96 E.G. z. B.G.B., § 1069 II B.G.B.) oder ähnlichen Rechtes gebühren die einzelnen Leistungen, die auf Grund des Rechtes gefordert werden können: § 1073 B.G.B.

die Ausübung des Nießbrauchs erst schafft [23]. Der Nießbraucher erwirbt gemeinrechtlich das Eigenthum der natürlichen Früchte mit der Perception [24], die Civilfrüchte werden sein Eigenthum mit der Erhebung [25]. Nach Preußischem Landrecht sind Natural- und Civilfrüchte mit der Entstehung sein Eigenthum [26]; **nach B.G.B. Naturalfrüchte mit der Trennung von der Sache und Civilfrüchte mit der Fälligkeit** [27]. Das Recht des Nießbrauchers erstreckt sich gemeinrechtlich auf die bei dem Beginn desselben mit der dienenden Sache noch zusammenhängenden natürlichen Früchte [28]. Gemeinrechtlich hat der Eigenthümer keinen Anspruch auf Ersatz der Baukosten [29], während ihm ein solcher nach Bayrischem Landrecht zusteht [30]; dagegen verbleiben die bei Beendigung des Nießbrauchs noch stehenden Naturalfrüchte dem Eigenthümer, gemeinrechtlich ohne Ersatz der Baukosten [31], nach Bayrischem Landrecht gegen Ersatz derselben [32]. Civilfrüchte werden gemeinrechtlich nach Raten

[23] l. 38. 39 D. 7. 1. Der Preis für Abtretung und Ausübung des Nießbrauchsrechts ist Civilfrucht vgl. unten Note 60.

[24] Vgl. oben § 153, 4.

[25] Windscheid § 203, 9.

[26] Pr. L.R. I. 9. 221; Förster Eccius § 186, 39; oben § 153, 13.

[27] §§ 101, 954 B.G.B.; vgl. oben § 153, 17 und über Ersatzansprüche unten zu Nt. 42. Bemerkenswerth ist die Vorschrift des § 1039 B.G.B., der bestimmt: „Der Nießbraucher erwirbt das Eigenthum auch an solchen Früchten, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zuwider oder die er deßhalb im Uebermaße zieht, weil dieß in Folge eines besonderen Ereignisses nothwendig geworden ist. Er ist jedoch, unbeschadet seiner Verantwortlichkeit für ein Verschulden, verpflichtet, den Werth der Früchte dem Eigenthümer bei der Beendigung des Nießbrauchs zu ersetzen und für die Erfüllung dieser Verpflichtung Sicherheit zu leisten. Sowohl der Eigenthümer als der Nießbraucher kann verlangen, daß der zu ersetzende Betrag zur Wiederherstellung der Sache insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht. Wird die Verwendung zur Wiederherstellung der Sache nicht verlangt, so fällt die Ersatzpflicht weg, soweit durch den ordnungswidrigen oder den übermäßigen Fruchtbezug die dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden."

[28] l. 27 pr. D. 7. 1; Erk. Berlin 24/2 1868 Sf. XXI. 216; L.R. II. 9. 4 Nr. 6. Ueber das Preußische Recht vgl. unten Note 39.

[29] l. 25 § 1 D. 22. 1; Glück, Commentar IX. 198; Erk. Rostock 4/7 1861 Sf. XVI. 274.

[30] Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 6.

[31] § 36 Inst. 2. 4; l. 13 D. 7. 1; Glück, Comment. IX. 332; Elvers, Servituten 538, 1; Erk. Rostock 4/7 1861 Sf. XVI. 274.

getheilt, wenn sie von Sachen bezogen werden, die täglich Nutzen gewähren[33]; sind sie nur Ersatz natürlicher Früchte, so entscheidet der Zeitpunkt, in welchem die Möglichkeit der Perception gegeben gewesen wäre[34]. Dagegen fallen sie, wenn das Recht der Erhebung an einem bestimmten Tag entsteht, demjenigen zu, der an diesem Tag das Recht der Beziehung der Früchte hat[35]. Nach Bayrischem Landrecht werden ausstehende Civilfrüchte immer nach Raten zwischen Eigenthümer und Nutznießer getheilt[36]. Nach Preußischem Landrecht werden zum Behuf der Auseinandersetzung

---

[32] Bayr. L.R. II. 9. 7 Nr. 5.

[33] Glück, Commentar IX. 336; Wächter, Erörterungen I. 75; Arndts § 179e. Hieher gehören die Miethzinsen eines Hauses und Zinsen eines Capitals. Hier kommt es darauf an, ob der Nachfolger im Fruchtgenuß an das Rechtsgeschäft gebunden ist oder nicht. In dem ersteren Fall entscheidet die oben angeführte Regel Wächter, Erörterungen I. 79. Ist der Nachfolger nicht daran gebunden, und löst er das Rechtsverhältniß auf, so bezieht der Vorgänger den Zins für die verflossene Zeit, während der Nachfolger die freie Disposition über die Sache hat. Wächter, Erörterungen I. 79; Glück, Comment. IX. 336. Die Bestimmung im L.T.A. 18/2 71 § 21 wird durch dieses Verhältniß nicht berührt, da hier die Rechte des Miethers nur gegenüber dem neuen Eigenthümer gewahrt sind.

[34] Glück, Commentar IX. 336; Wächter, Erörterungen I. 75; Arndts § 179 f. Unter diese Kategorie fallen Pachtgelder, bei welchen die oben angeführte Regel entscheidet, wenn das Pachtverhältniß bei Beginn des Nießbrauchs auf den Nießbraucher bei Beendigung desselben auf den Eigenthümer übergeht Wächter, Erörterungen I. 79. Ist dieß nicht der Fall, so kommt es lediglich darauf an, ob der Pächter die Früchte percipirt hat oder nicht; hat er sie bereits percipirt, so hat bei Eintritt der Nutznießer, bei Beendigung der Eigenthümer keinen Anspruch; hat er sie nicht percipirt, so gehören sie bei Eintritt dem Nießbraucher, bei Beendigung dem Eigenthümer. Wächter, Erörterungen I. 75; Glück, Comment. IX. 337.

[35] Glück, Commentar IX. 337; Wächter, Erörterungen I. 80. Es ist dieß sehr bestritten aber weniger des Prinzips wegen als wegen der Meinungsverschiedenheit über die hieher zu rechnenden Kategorien von Abgaben. Manche rechnen hieher alle Grundgefälle, namentlich auch Zehnten; s. dagegen Wächter, Erörterungen I. 85, der mit Recht die Zehnten ausnimmt und sie zu den natürlichen Früchten, dagegen alle Einkünfte aus einer Sache, die nicht gerade ein Erzeugniß dieser Sache sind, zu den bürgerlichen Früchten zählt. Durch das Ablösungsgesetz ist diese Frage sehr vereinfacht. In Betracht zu ziehen sind jetzt nur noch die als Reallasten erscheinenden Grundgefälle, Forstnutzungen und Ewiggilten, welche zweifellos als bürgerliche Früchte anzusehen und der oben angeführten Regel zu unterwerfen sind.

[36] Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 6; II. 9. 7. Nr. 5.

bei Aufhören des Nießbrauchs Landgüter bis zum Ende des Wirthschaftsjahrs, das vom ersten Juli an gerechnet wird, auf gemeinschaftliche Rechnung des Nießbrauchers und Eigenthümers verwaltet, und Ueberschuß oder Einbuße im Verhältniß der sie treffenden Zeit zwischen Eigenthümer und Nutznießer getheilt [37]. Bei Grundstücken, mit denen keine Landwirthschaft verbunden ist, Gerechtigkeiten und ausstehenden Capitalien wird das Jahr vom 1. Juni an gerechnet, und es fallen bei Beendigung des Nießbrauchs bis zum Ablauf des Vierteljahres, im welchem der Nießbrauch endigt, die Nutzungen dem Vermögen des Nießbrauchers zu [38]. Diese Grundsätze erleiden analoge Anwendung auf die Theilung der Nutzungen zwischen Eigenthümer und Nutznießer bei Beginn des Nießbrauchs [39]. **Nach B.G.B. gebühren dem Nießbraucher die Naturalfrüchte insoweit, als sie während der Dauer der Nießbrauchsberechtigung von der Sache getrennt werden, von regelmäßig wiederkehrenden Civilfrüchten ein der Dauer seiner Berechtigung entsprechender Theil, sonstige Civilfrüchte insoweit, als sie während der Dauer der Nießbrauchsberechtigung fällig werden [40]. Ueberdieß hat der Nießbraucher eines Landgutes [41] von den bei Beendigung des Nießbrauchs vorhandenen landwirthschaftlichen Erzeugnissen, auch wenn er solche bei Beginn des Nießbrauchs nicht übernommen hat, so viele als zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, zu welcher**

---

[37] Pr. L.R. I. 21. 151—169; Förster Eccius § 186, 117 f. War das Gut verpachtet, so bildet das Pachtgeld nach Abzug der Abgaben, Zinsen und Administrationskosten das Theilungsobjekt Pr. L.R. I. 21. 168.

[38] Pr. L.R. I. 21. 170—172; Förster Eccius § 186, 124.

[39] Pr. L.R. I. 21. 29 bestimmt nur, daß der Nießbraucher auf Früchte und Nutzungen, die bei Beginn des Nießbrauchs bereits abgesondert, und Zinsenhebungen und andere Präſtationen, die damals schon fällig oder versessen waren, keinen Anspruch haben solle. Bestritten ist, wie es mit den bei Beginn des Nießbrauchs noch nicht separirten Früchten und den noch nicht fälligen Hebungen zu halten sei. Ich halte die analoge Anwendung der für die Theilung bei Beendigung des Nießbrauchs aufgestellten Grundsätze für unbedenklich s. Koch, Anm. 25 zu L.R. I. 21. 29.

[40] § 101 B.G.B. Erhält der Nießbrauchsbesteller als Vergütung einen Früchteantheil, so ist auch an ihn ein der Dauer der Berechtigung entsprechender Theil zu gewähren.

[41] § 1055 II, 593 B.G.B.

gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden, unter Umständen [42] gegen Werthsersatz, den vorhandenen, auf dem Gute gewonnenen Dünger ohne Anspruch auf Werthsersatz zurückzulassen.

Dem Nießbraucher steht außerdem die Ausübung der mit der Sache verbundenen Rechte zu [43].

2. Dispositionsbefugniß [44]. Der Nießbraucher hat das Recht

a. Aenderungen mit der Sache vorzunehmen, welche mit der bisherigen Bestimmung vereinbar sind [45], und zwar nicht bloß bei Gelegenheit nothwendiger Reparaturen, sondern auch zum Zweck von Verbesserungen oder zu Zwecken der Ausübung seines Rechts [46]. Dagegen darf er einseitig keine Veränderungen vornehmen, welche

---

[42] Nämlich dann, wenn er solche in größerer Menge oder besserer Beschaffenheit zurücklassen muß, als er sie bei Beginn des Nießbrauchs übernommen hat. § 593II B.G.B.

[43] l. 1 pr. D. 7. 6; Glück, Comment. II 201, 74; Sintenis, C.R. § 59, 16. Nach Pr. L.R. I. 21. 45 bleiben die mit der Sache verbundenen Ehrenrechte dem Eigenthümer vorbehalten Förster Eccius § 186, 135. Nach B.G.B. kommt dem Nießbraucher die Ausübung der mit der Sache verbundenen Rechte insoweit zu, als sie zu den Nutzungen der Sache zu rechnen, d. h. Vortheile sind, welche der Gebrauch der Sache gewährt: §§ 1030I, 100 B.G.B. Vgl. auch § 96 B.G.B., wonach Rechte, die mit dem Eigenthum an einem Grundstücke verbunden sind, als (nicht wesentliche) Bestandtheile des Grundstücks gelten.

[44] Vgl. Keil die Dispositionsbefugniß des Usufruktuars A. f. C.Pr. XXXV. 358.

[45] Keil, A. 365; Elvers, Servituten 468. Die Quellen sprechen diesen Satz nicht direkt aus, sondern stellen ihn in einer Anzahl von Anwendungsfällen auf, so Aufführung von Oekonomiegebäuden l. 13 § 6 D. 7. 1; Ausschmückung eines Hauses l. 13 § 7 D. 7. 1; Anlegung eines Steinbruchs auf einem Landgut l. 13 § 4 D. 7. 1. B.G.B. § 1036II: „Der Nießbraucher hat bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirthschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten . . .“ § 1037: „Der Nießbraucher ist nicht berechtigt, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern. Der Nießbraucher eines Grundstücks darf neue Anlagen zur Gewinnung von Steinen, Kies, Sand, Lehm, Thon, Mergel, Torf und sonstigen Bodenbestandtheilen errichten, sofern nicht die wirthschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch wesentlich verändert wird.“

[46] Glück, Commentar IX. 236; Elvers, Servituten 466. 472.

eine Umgestaltung der ursprünglichen Form bewirken, selbst wenn die Sache dadurch werthvoller und einträglicher würde [47]. Bestritten ist, inwiefern dieß auf den Nießbrauch an Capitalien Anwendung finde. Je nachdem das Verhältniß als verus oder quasi ususfructus angesehen wird, wird das Recht des Nießbrauchers, das Capital einzuziehen, also den Gegenstand umzugestalten, verneint oder bejaht [48]. Die neueren Landesrechte sprechen dem Nießbraucher das Recht, das Capital einzuziehen, ab [49]. **Nach B.G.B. ist zwischen verzinslichen und unverzinslichen Capitalien**

[47] Keil, A. 392; Glück, Comment. IX. 234; Elvers, Servituten 468; Windscheid § 203, 14. Auch diesen Satz stellen die Quellen nur durch Entscheidung einzelner Anwendungsfälle auf, so Verwandlung eines Lustgartens in einen Nutzgarten l. 13 § 4 D. 7. 1; Verwandlung eines Landguts in ein Bergwerk l. 13 § 5 D. 7. 1; Ausbauen eines Hauses l. 44. 61 D. 7. 1. Mit der gemeinrechtlichen Bestimmung conform 'sind unsere Statuten Kreittmayr, Anm. 1c zu L.R. II. 9. 4. „Daraus folgt von selbst, daß er formam rei usufructuariae nicht immutiren sohin weder aus Aeckern eine Wiese oder Waldung machen, noch Gebäude darauf setzen, oder die schon vorhandenen abtragen und verändern darf . . . worinfalls sich eben zwischen einem usufructuario et dominio utili kein geringer Unterschied bezeigt, anerwegen dieser an die formam rei nur soweit, als solche etwan ohne Präjudiz des dominii directi nicht abgändert werden kann, gebunden ist." Pr. L.R. I. 21. 25: „Er darf aber ohne Einwilligung des Eigenthümers selbst einzelne Theile der Substanz in eine von der vorigen ganz verschiedenen Form nicht umändern." Förster Eccius § 186, 53. Bezüglich des B.G.B. s. die Nt. 45.

[48] Ueberwiegend wird jetzt die letztere Meinung befolgt Steinberger, Z. f. C.R. XI. 176; Brinz, Pandekten (2) § 149, 10; Sintenis, C.R. § 59, 57; Erk. Celle 14|12 1864 Sf. XIX. 126. 3. Andere unterscheiden, ob der Nießbrauch am Capital oder an den Zinsen gegeben sei, und räumen nur in dem ersteren Fall dem Nießbraucher das Recht der Einziehung ein Windscheid § 206, 9.

[49] Kreittmayr, Anm. d. zu L.R. II. 9. 3 und Anm. f zu L.R. II. 9. 10: „Ob man auch von einer Schuldforderung usumfructum zugeben könne, war zwar weyland ein famoser Streit inter Sabinianos et Proculeianos, welche aber Ulpianus in L. 3 ff. de usufr. ear. rer. affirmative decidirt. Confer Walch Diss. de Usufructu nominis, worin bemeldter Streit mit allen Rationibus pro et contra weitläufig recensirt wird." Nach Pr. L.R. I. 21. 101—109 kann der Nießbraucher die Forderung nur mit Zuziehung des Eigenthümers einziehen. Ich halte deßhalb die Ansicht von Dernburg, Pr. P.R. I. § 285, 3, daß nach Preußischem Recht der ususfructus nominis als verus ususfructus aufzufassen sei, für begründet. Dagegen nimmt Förster Eccius § 186, 48 einen eingeschränkten quasi ususfructus an.

zu unterscheiden; bei letzteren ist der Nießbraucher allein [50], bei ersteren nur in Gemeinschaft mit dem Gläubiger zur Einziehung und Kündigung berechtigt [51]. Er hat auch für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen, ist aber zu anderen Verfügungen über die Forderung nicht berechtigt [52]. Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch hieran, bei Leistung verbrauchbarer Sachen erwirbt jedoch der Nießbraucher auch das Eigenthum und hat nunmehr die Rechtsstellung eines Nießbrauchers an verbrauchbaren Sachen [53]. Bei verzinslichen Capitalien kann der Schuldner nur an Gläubiger und Nießbraucher gemeinschaftlich zahlen, auch kann jeder von beiden dieß verlangen, wie auch statt der Zahlung Hinterlegung für beide fordern [54]. Beide sind dann auch einander verpflichtet, zur neuerlichen verzinslichen Anlegung des Capitals und gleichzeitigen Bestellung des Nießbrauchs mitzuwirken [55]. Die Frage, ob eine von dem Nießbraucher vorgenommene Veränderung die ihm gezogenen Schranken nicht überschreite, ist in dem einzelnen Fall nach billigem Ermessen zu ent-

---

[50] §§ 1074, 1076 B.G.B.

[51] S. auch oben § 173 Nt. 23. §§ 1076, 1077, 1078, 1080 (Anwendung auf Grund- und Rentenschulden) B.G.B. § 1083 B.G.B. (Anwendung auf Inhaber- und Ordrepapiere und Ausdehnung auf die Beschaffung neuer Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine hiezu). Umgekehrt ist bei verzinslichen Capitalien die Kündigung des Schuldners auch nur wirksam, wenn sie dem Nießbraucher und dem Gläubiger erklärt wird § 1077 II, während bei anderen Kapitalien die Vorschriften über die Stellung des debitor cessus zum Cessionar und Cedenten maßgebend sind: §§ 407—410, 1070 I B.G.B. — Die Berechtigung zur gemeinschaftlichen Kündigung und Einziehung ist aber auch gegenseitige Verpflichtung, und zwar zur Kündigung, wenn die Einziehung wegen Gefährdung der Sicherheit der Forderung nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist. § 1078 B.G.B.

[52] § 1074 B.G.B.

[53] § 1075 B.G.B.

[54] § 1077 I B.G.B.

[55] Die Anlegung hat nach den für Mündelgeld geltenden Vorschriften (§§ 1807, 1808) zu erfolgen; im Uebrigen bestimmt die Art der Anlegung der Nießbraucher: § 1079, 1083 II (Inhaberpapiere und blankoindossierte Ordrepapiere) B.G.B.

scheiden[56], und der Eigenthümer hat das Recht, die Beseitigung von Veränderungen, die dem nicht entsprechen, zu verlangen[57]. Bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen dagegen liegt die Befugniß der freien Disposition über die Substanz in der Natur des Rechtsverhältnisses[58].

b. Er hat das Recht, über den Inhalt des Nießbrauchsrechts zu verfügen, indem er zwar nicht das Recht selbst[59], aber die Ausübung desselben andern überlassen darf[60], in der Art, daß der Erwerber die daraus sich ergebenden Befugnisse aus eigenem Recht geltend machen kann[61]. Der Nießbraucher kann die Sache insbe-

---

[56] l. 1 D. 7. 9; Keil, Archiv 363; Elvers, Servituten 461; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 3: „Ist er alles zu thun berechtigt, was zu diesem Zweck erforderlich sein mag, welches allenfalls bei entstehender Irrung ex aequo et bono ermessen wird."

[57] Vgl. unten Note 125.

[58] Vgl. oben Note 1.

[59] § 3 Inst. 2. 4; Glück, Commentar IX. 170. 171; Windscheid § 202, 5; Vangerow § 344, 3. Gegen die von Manchen aufgestellte Ansicht, daß das Nießbrauchsrecht selbst veräußerlich sei s. Arndts § 179 Anm. 4; Windscheid § 202, 5. Damit stimmen auch unsere Statuten überein Kreittmayr, Anm. 29 zu Bayr. L.R. II. 9. 4: „Denn ob er wohl usumfructum selbst nicht vergeben kann . . . so hat es doch mit dem exercitio desselben oder der sog. commoditate vel facultate utendi fruendi eine andere Beschaffenheit . . ." Pr. L.R. I. 21. 100: Uebrigens kann jeder Nießbraucher sein Nutzungsrecht zwar auch durch andere ausüben, das Recht selbst aber kann er anderen nicht abtreten. B.G.B. § 1059: „Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem Anderen überlassen werden." Anders § 1011 I. E., wonach Veräußerung und Belastung des Nießbrauchs zugelassen war; über die Gründe dagegen s. Reatz Nt. 3 S. 208. Vgl. auch §§ 1274 II, 1069 II B.G.B.

[60] l. 12 § 2 l. 38. 39 D. 7. 1; Glück, Commentar IX. 217, 25; Windscheid § 205, 3; Sintenis, C.R. § 59, 23; Bayr. L.R. II. 9. 4 Nr. 7. „Im Uebrigen stehet ihm frei mit denen Gutsnutzungen solange sein Recht dauert nach Belieben zu schalten und zu walten, folglich auch solche an jemand anderen verschreiben, veräußern, cediren oder überlassen zu können." Pr. L.R. I. 21. 110. Er darf namentlich den Nießbrauch verpfänden l. 11 § 2 D. 20. 1; Windscheid § 205, 4; und einen Nießbrauch daran bestellen Windscheid § 206, 10; auch verpachten: Erk. München 28/11 1887 Sf. XLIII. 176; Bl. LIII. 47. Nach B.G.B. § 1274 II ist Verpfändung des Nießbrauchs ausgeschlossen, ebenso die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Nießbrauch: § 1060 II.

[61] Windscheid § 205, 4; Erk. R.G. 6/4 1880 Sf. XXXV. 189. Verzicht

sondere auch vermiethen und verpachten [62]. Gemeinrechtlich ist aber der Eigenthümer an eine über die Dauer des Nießbrauchsrechtes hinaus eingeräumte Miethe oder Pacht nicht gebunden. **Dagegen tritt nach B.G.B. der Eigenthümer nach Beendigung des Nießbrauchs in die aus einem solchen Miethe- oder Pachtverhältnisse sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein [63], ist aber stets befugt, das Mieth- oder Pachtverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen [64]; andererseits steht jedoch dem Miether und Pächter die Befugniß zu, den Eigenthümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Kündigung aufzufordern; macht der Miether oder Pächter von dieser Befugniß Gebrauch, so ist die Kündigung nur bis zum Ablauf der Frist zuläßig [65].**

c. Ueber die Sache selbst darf der Nießbraucher nicht verfügen [66]; er kann daher einseitig auch keine dauernden Lasten auflegen [67].

---

des Nießbrauchers auf sein Recht benimmt demjenigen, dem die Ausübung kraft Rechtens zusteht, nicht diese Befugniß: Erk. R.G. 11/5 1886 Sf. XLII. 20.

[62] l. 9 § 1 D. 19. 2; Erk. Oldenburg 1859 Sf. XIV. 115; B.G.B. §§ 1030, 1056.

[63] § 1056^I mit § 571^I B.G.B. Es gelten dann die Vorschriften der §§ 571^II, 572, 573 Satz 1, 574—576, 579 B.G.B. in entsprechender Weise. — Dieser Satz ist eine weitere Folge der Aufhebung des gemeinrechtlichen Prinzipes „Kauf bricht Miethe" in § 571 B.G.B.

[64] Wenn aber die Beendigung des Nießbrauchs durch Verzicht des Nießbrauchers eintritt, so ist die Kündigung erst von der Zeit an zuläßig, zu welcher der Nießbrauch ohne den Verzicht erlöschen würde: § 1056^II B.G.B.

[65] § 1056^III B.G.B. Der Miether hat aber kein Kündigungsrecht: Reatz S. 516 Nr. 2.

[66] l. 9 Cod. 3. 33; Kreittmayr, Anm. 1c zu Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 7: „so ist er nur desto weniger befugt das Hauptgut selbst zum Theil oder ganz zu veralieniren, zu verpfänden, mit Servitutibus oder sonst zu beschweren .... es wäre ihm dann potestas alienandi constitutione ususfructus ausdrücklich eingeräumt, welchenfalls er jedoch kein Ususfructuarius, sondern vielmehr Proprietarius ist." Pr. L.R. I. 21. 133. Das B.G.B. enthält keine ausdrückliche Vorschrift, da sich der Satz des Textes aus der Vergleichung der §§ 1030^I, 1036, 1037, 1055^I, 1067, 1074, 1076, 1077—1080 von selbst ergibt. Ausnahmen bestehen beim Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen und bei unverzinslichen Forderungen; s. oben Nr. 1, 50 ff.; ferner beim gewöhnlichen Nießbrauch insoweit als der Nießbraucher zu außergewöhnlichen Erneuerungen und Ausbesserungen der Sache innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen

II. Verbindlichkeiten des Nießbrauchers. Der Nießbraucher hat während der Dauer des Nießbrauchs die Sache in dem Stand zu erhalten, in welchem sie bei Beginn des Nießbrauchs sich befand[68], und bei Ausübung des Nießbrauchs mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zu verfahren[69]. Er hat

---

Wirthschaft auch schlechtweg Bestandtheile der Sache verwenden darf: § 1043 B.G.B., und endlich beim Nießbrauch an einem Grundstück sammt Inventar nach § 1048 B.G.B.; hier kann der Nießbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars wieder innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft verfügen; jedoch hat er sowohl für den gewöhnlichen Abgang wie für die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen; die von ihm angeschafften Stücke werden dann mit der Einverleibung in das Inventar Eigenthum desjenigen, welchem das Inventar gehört. Uebernimmt der Nießbraucher das Inventar zum Schätzungswerthe mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung des Nießbrauchs zum Schätzungswerthe zurückzugewähren, so wird zwar der Nießbraucher nicht Eigenthümer der Inventarstücke, gleichwohl trägt er aber das periculum interitus et deteriorationis, muß das Inventar zwar nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft in dem Zustande, wie es ihm übergeben wurde, erhalten, kann aber doch über die einzelnen Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft verfügen, wogegen die von ihm angeschafften Stücke mit der Einverleibung in das Inventar Eigenthum des Eigenthümers des Inventars werden (§ 588 B.G.B.).

[67] Pr. L.R. I. 21. 90. Nach Bayr. L.R. II. 7. 4. Nr. 4 kann er zwar Dienstbarkeiten bestellen, aber nur für die Dauer seines Rechts: „Kann auch ein bloßer Nutznießer eine Servitut länger nicht constituiren als seines Orts der Ususfructus andauert, massen sofort mit selben auch die auferlegte Bürd hinwegfallt." Ueber den Standpunkt des B.G.B. s. oben § 169, 14, 15.

[68] Sintenis, C.R. § 59, 27; Pr. L.R. I. 21. 47. 68; Förster Eccius § 168, 61. Nach Preußischem Recht spricht, wenn ein Inventar nicht aufgenommen wurde, die Vermuthung dafür, daß die Uebernahme in gutem Zustand erfolgte unten Note 77. B.G.B. § 1041 [1] sagt: „Der Nießbraucher hat für die Erhaltung der Sache in ihrem wirthschaftlichen Bestande zu sorgen."

[69] § 38 Inst. 2. 1; l. 65 pr. D. 7. 1; Windscheid § 203, 11 und § 204, 1; Sintenis, C.R. § 59, 26; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 2: „folglich solches auf eigne Kosten zu erhalten und andergestalt nicht als auf hauswirthschaftliche Art et salva substantia zu benutzen." Pr. L.R. I. 21. 89. 140; Förster Eccius

daher den gewöhnlichen nothwendigen Unterhalt zu bestreiten [70], die laufenden Reparaturen vorzunehmen [71], und da, wo nach der Natur des Objekts regelmäßige Ergänzung erforderlich ist, für diese Sorge zu tragen [72]. Für Beobachtung dieser Verpflichtungen ist er dem

---

§ 186, 77. B.G.B. § 1036 II: „Der Nießbraucher hat nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zu verfahren". Gemäß § 276 B.G.B. hat er dabei Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, soferne ihm nicht die Haftung für letztere erlassen ist. Nähere Bestimmungen enthalten die §§ 1038, 1039, 1041, 1043, 1045, 1048 Abs. 1 und Abs. 2 mit § 588, 589 (Inventar) B.G.B.

[70] So hat er namentlich fruchttragende Grundstücke in gehörigem Culturstand zu erhalten § 38 Inst. 2. 1; Pr. L.R. I. 21. 68; Förster Eccius § 186, 75, und bei Thieren für die nöthige Ernährung zu sorgen l. 15 § 2 D. 7. 1. B.G.B. § 1041 Satz 1 (s. oben Nt. 68); arg. § 1041 Satz 2 B.G.B. (s. Nt. 71): die gewöhnliche Unterhaltung der Sache obliegt dem Nießbraucher. Vgl. hieher auch § 582 B.G.B. bez. verpachteter landwirthschaftlicher Grundstücke. Anderseits darf er aber auch erforderlich gewordene außergewöhnliche Ausbesserungen oder Erneuerungen selbst vornehmen und hiezu innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft sogar Bestandtheile des Grundstücks verwenden: § 1043 B.G.B.

[71] l. 7. § 2 D. 7. 1; Glück, Comment. IX. 254, 16; Sintenis, C.R. § 59, 28; Kreittmayr, Anm. 3 b zu L.R. II. 9. 5; Pr. L.R. 1. 21. 47. Dagegen ist er zu Hauptreparaturen nicht verpflichtet l. 7 § 2 D. 7. 1; Erk. Wiesbaden 30/5 1838 Sf. VII. 195; Wolfenbüttel 4/6 1863 Sf. XVII. 270; 2. Nach Preußischem Landrecht hat der Nutznießer für Hauptreparaturen, die durch sein mäßiges Versehen herbeigeführt sind, keinen Ersatz anzusprechen, dagegen hat er Hauptreparaturen, die durch Zufall veranlaßt sind, nicht zu tragen Pr. L.R. I. 21. 50. 51. Als Hauptreparaturen sind nach Pr. L.R. I. 21. 52. solche anzusehen, deren Kosten den vierten Theil der Jahresnutzung übersteigen Förster Eccius § 186, 67—71. B.G.B. § 1041 Satz 2: „Ausbesserungen und Erneuerungen liegen ihm nur insoweit ob, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören.

[72] Glück, Comment. IX. 255; Sintenis, C.R. § 59, 29: So hat er eine Heerde aus dem Nachwuchs zu ergänzen § 38 Inst. 2. 1; Pr. L.R. I. 21. 69; den Abgang an den Wirthschaftsgeräthen zu ersetzen Pr. L.R. I. 21. 69; bei Waldungen durch wirthschaftliches Nachpflanzen den Bestand zu erhalten § 38 Inst. 2. 1; nicht aber den durch Windbruch entstandenen Schaden zu ersetzen l. 59 pr. D. 7. 1; Kreittmayr, Anm. 3b zu L.R. II. 9. 5. — B.G.B. § 1041: „Erneuerungen, die zur gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören". Bezüglich des Grundstücksinventars ist die besondere Vorschrift des § 1048 B.G.B. maßgebend.

Eigenthümer haftbar [73], wobei er zur Erleichterung der Abrechnung bei Beginn des Nießbrauchs ein Inventar errichten kann [74], wozu er nach Bayrischem Landrecht verpflichtet ist [75]. Nach Preußischem Landrecht hat jeder der Interessenten das Recht, die Errichtung eines Inventars zu verlangen [76], wobei, wenn die Errichtung unterlassen ist, die Vermuthung dafür spricht, daß der Nießbraucher die Sachen in brauchbarem Zustand überkommen habe [77]. **Nach B.G.B. sind beim Nießbrauch an einem Inbegriff von Sachen Nießbraucher und Eigenthümer einander verpflichtet, zur Aufnahme eines Verzeichnisses der Sachen mitzuwirken** [78]; **andere als die nach der R.C.P.O. begründeten Vermuthungen knüpfen sich an das Inventar als Privat- oder öffentliche**

Der Nießbraucher hat hienach sowohl für den gewöhnlichen Abgang als für die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen. Uebernimmt er das Inventar zum Schätzungswerthe mit der Verpflichtung, es zum Schätzungswerthe wieder zurückzugeben, so trägt er auch die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung und muß den Minderwerth der zurückzugewährenden Stücke ersetzen, während ihm auch anderseits wieder der Mehrwerth ersetzt werden muß: § 1048 II, 588, 589 B.G.B.

[73] l. 13 § 2 l. 15 § 3 D. 7. 1; Windscheid § 204, 2; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 3. B.G.B. § 1036 II, 276, 823 ff. Der Eigenthümer kann schon während der Dauer des Nießbrauchs auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit klagen unten Note 110.

[74] Gemeinrechtlich besteht diese Verpflichtung nicht, die Errichtung ist nur angerathen l. 1 § 4 D. 7. 9; Glück, Commentar IX. 496; Erk. Celle 25/4 1854 Sf. IX. 137. Erk. München 16/7 1859 Sf. XIII. 105 nimmt auch für das gemeine Recht die Verpflichtung zur Inventarerrichtung an.

[75] Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 7. „Damit sich aber auch über die Vollziehung dessen, was caviert worden ist, desto weniger Irrung mit der Zeit ergeben möge, soll das nutznießliche Gut, zumal auf Begehren des Eigenthümers, vor der Auslieferung förmlich beschrieben und inventirt, oder wenn die Auslieferung ohne Inventario schon geschehen ist, von dem Usufructuario eine beschworene Specification sub Poena juramenti in litem herausgegeben werden, den Vater oder jene allein ausgenommen, welche der Inventur durch Geding oder letzten Willen begeben seyend, dann diese tun statt des Inventarii oder eidlicher Manifestation nur eine getreue Anzeig."

[76] Pr. L.R. I. 21. 113; Förster Eccius § 186, 102.

[77] Pr. L.R. I. 21. 119. 121; Förster Eccius § 186, 103.

[78] § 1035 B.G.B. Vgl. hiezu das Nähere unten . . . . .

Urkunde nicht [79]. Der Nießbraucher hat sämmtliche ordentliche Lasten der Sache zu tragen [80], außerordentliche Lasten jedoch nur

[79] Vgl. hiezu die §§ 380 ff. R.C.P.O.

[80] l. 7 § 2 D. 7. 1; Windscheid § 204, 4; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 5; Pr. L.R. I. 21. 87. Es gehören dahin Steuern und Abgaben l. 27 § 3 D. 7. 1; Glück, Commentar IX. 258; Versicherungsprämien Erk. Lübeck 31/3 1849 Sf. XV. 106; Leistungen aus den auf der Sache liegenden Reallasten Förster Eccius § 186, 87; die auf der Sache haftenden Alimentationsverbindlichkeiten l. 7 § 2 D. 7. 1; Glück, Commentar IX. 259; die Zinsen der auf der Sache haftenden Hypothekschulden Glück, Comment. IX. 255; Pr. L.R. I. 21. 70; Förster Eccius § 186, 79. Nach Preußischem Recht hat der Nießbraucher, wenn der Nießbrauch an einer ganzen Verlassenschaft eingeräumt ist, auch persönliche Schulden des Erblassers zu verzinsen Pr. L.R. I. 21. 75, und hat aufgekündete Capitalien, deren Verzinsung ihm obliegt, vorschußweise zu berichtigen Pr. L.R. I. 21. 21. Förster Eccius § 186, 83. § 1047 B.G.B.: „Der Nießbraucher ist dem Eigenthümer gegenüber verpflichtet, für die Dauer des Nießbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten mit Ausschluß der außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwerth der Sache gelegt anzusehen sind, sowie diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten, insbesondere die Zinsen der Hypothekforderungen und Grundschulden, sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen." Dazu kommt die allgemeine Vorschrift des § 103 B.G.B. über die Lastenvertheilung, wonach die regelmäßig wiederkehrenden Leistungen nach dem Verhältnisse der Dauer der Verpflichtung, andere Lasten insoweit vom Nießbraucher zu tragen sind, als sie während der Dauer seiner Verpflichtung zu entrichten sind. — Nach § 1045 B.G.B. hat ferner der Nießbraucher auf die Dauer des Nießbrauchs die Sache gegen Unfälle auf seine Kosten versichern zu lassen, wenn die Versicherung einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht; ebenso hat er, wenn die Sache bereits versichert ist, die für die Versicherung zu leistenden Zahlungen auf die Dauer des Nießbrauchs zu bestreiten, soweit er zur Versicherung verpflichtet sein würde. Dafür steht ihm an der Forderung gegen den Versicherer der Nießbrauch wie an einer sonstigen verzinslichen Forderung zu und hat er das Recht, wenn ein unter die Versicherung fallender Schaden eintritt, zu verlangen, daß die Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht: § 1046 B.G.B.

soweit sie die Gesammtheit der von ihm bezogenen ordentlichen Nutzungen nicht übersteigen[81]. Ebenso hat er die auf die Sache bezüglichen Prozesse zu führen[82] und die zur Unterbrechung der Eigenthumsersitzung eines Dritten dienlichen Handlungen vorzunehmen[83].

2. Der Nießbraucher hat nach Beendigung des Nießbrauchs den Gegenstand desselben an den Eigenthümer zurückzustellen und zwar bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen den Werthanschlag oder die gleiche Quantität[84], bei dem Nießbrauch an abnützbaren Sachen nach der bei der Bestellung obwaltenden Absicht entweder den Werthanschlag oder die gleiche Quantität oder die Sache selbst, wobei in dem letzteren Fall der Eigenthümer die Werthminderung durch wirthschaftliche Abnützung trägt[85]; in allen

---

[81] Glück, Comment. IX. 259, 39; Kreittmayr, Anm. 3g zu Bayr. L.R. II. 9. 4. „Uebermäßige Bürden, wodurch nemlich Fructus percepti überstiegen seyend, fallen auf den Proprietarium jedoch dergestalt, daß in Computatione excessus nicht selbiges Jahr allein, da die Onera zu bestreiten geweßt, sondern alle Jahr zusamm gerechnet werden, weil die Fructus nicht alle Jahr gleich seynd, sondern ein Jahr das andere übertragen muß." Pr. L.R. I. 21. 88. Ueber das B.G.B. s. die vorige Nt.

[82] Pr. L.R. I. 21. 82—86; Förster Eccius § 186, 89. Nach B.G.B. ist er hiezu nur insoweit legitimirt, als seine Rechte beeinträchtigt werden; Namens des Eigenthümers kann er keine Prozesse führen. Er hat aber Anzeigepflicht, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt. § 1042² B.G.B. Vgl. dazu M. I. B. III. S. 509.

[83] l. 1 § 7 D. 7. 9; Windscheid § 204, 3. Nach Preußischem Recht kann Ersitzung und Verjährung während der Dauer des Nießbrauchs nicht beginnen, wohl aber läuft sie fort, wenn sie bei Eintreten des Nießbrauchs schon begonnen hatte Pr. L.R. I. 21. 91—93. Förster Eccius § 186, 96. Für das B.G.B. kommt hier nur wieder die Nt. 82 erwähnte Vorschrift des § 1042² in Betracht.

[84] l. 7 D. 7. 5; Seuffert § 170, 2. Nach einer anderen Ansicht soll ihm das Wahlrecht nur zustehen, wenn dieß ausdrücklich ausgemacht ist Bürkel, Beiträge 43; Windscheid § 206, 3. Der ersteren Ansicht schließen sich an Bayr. L.R. II. 9. 10 Nr. 3. „Ist er nach geendigtem quasi usufructu schuldig, das Gut zwar nicht in specie, doch in genere et eadem qualitate aut quantitate vel pretio zu restituiren" und Kreittmayr, Anm. c dazu. Nach Pr. L.R. I. 21. 173 hat der Nießbraucher nur die gleiche Quantität zu restituiren; nach B.G.B. ist er nur zum Werthersatz berechtigt und verpflichtet, außer wenn anderes vereinbart ist: § 1067 B.G.B. s. oben § 175, 1.

[85] l. 9 § 3 D. 7. 9; Elvers, Servituten 594; Windscheid § 206, 6 Pr. L.R. I. 21. 174. 175; Förster Eccius § 186, 146; dahin gehört namentlich

anderen Fällen die Sache selbst in dem Zustand, in welchem er sie bei Bestellung des Nießbrauchs erhalten hat[86]. **Zur Sicherung gegen unberechtigte Ansprüche des Eigenthümers in dieser Hinsicht kann er nach B.G.B. den Zustand der Sache jederzeit auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen**[87]. Hat er willkürlich Umgestaltungen vorgenommen, die nicht in seiner Befugniß lagen, so hat er sie vor Zurückstellung der Sache zu beseitigen, oder wo dieß nicht möglich ist, Schadensersatz zu leisten[88].

---

der Nießbrauch an Kleidern Erk. Jena 11/3 1830 Sf. V. 87. Gemäß § 92 B.G.B. fallen die abnützbaren Sachen nicht unter die verbrauchbaren Sachen. Der Nießbrauch an bloß abnützbaren Sachen fällt daher auch nicht unter § 1067 B.G.B., sondern unter die allgemeinen Vorschriften der §§ 1055 und 1050 B.G.B.

[86] l. 1 pr. D. 7. 9; Windscheid § 204, 5; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 1; Pr. L.R. I. 21. 12; Förster Eccius § 186, 101. Das B.G.B. sagt „in dem wirthschaftlichen Bestande, in dem er sie erhalten hat": arg. §§ 1041, 1036 II, 1055 II B.G.B. Bei landwirthschaftlichen Grundstücken bestimmt B.G.B. §§ 1055 II mit § 591, der Nießbraucher habe das Grundstück in dem Zustande zurückzugewähren, der sich bei einer während des Nießbrauchs bis zur Rückgewährung fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirthschaftung und Bestellung ergebe. — Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauchs, so muß der Nießbraucher auch sowohl die noch vorhandenen, als die Ersatzstücke zurückgewähren; hat er das Inventar zum Schätzungswerthe mit der Verpflichtung zur Rückgabe zum Schätzungswerthe übernommen, so hat er zwar auch das gesammte bei Beendigung des Nießbrauchs noch vorhandene Inventar sammt Ersatzstücken zurückzugewähren, aber der Besteller des Nießbrauchs kann die Uebernahme solcher Ersatzstücke ablehnen, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft für das Grundstück überflüssig oder zu werthvoll sind; mit der Ablehnung geht dann das Eigenthum an den abgelehnten Stücken auf den Nießbraucher über. Andererseits tritt wieder gegenseitig Ersatzpflicht ein, wenn die zurückgenommenen Stücke einen höheren oder niederen Werth als den seinerzeitigen Gesammtschätzungswerth haben: § 589, 1048 II B.G.B.

[87] § 1034 B.G.B.

[88] Elvers, Servituten 477; Pr. L.R. I. 21. 25—27. „Er darf aber ohne Einwilligung des Eigenthümers selbst einzelne Theile der Substanz in eine von der vorigen ganz verschiedene Form nicht umändern. Hat er es gleich-

Bei Verschlechterungen haftet er weder für den aus der natürlichen Abnützung noch für den durch außerordentliche Unglücksfälle entstandenen Schaden[89]. Dagegen muß er allen Schaden ersetzen, der durch unbefugte Ausübung des Nießbrauchs[90] oder Unterlassung der ihm obliegenden Sorgfalt[91] entstanden ist. Der Nießbraucher kann Ersatz für nothwendige Verwendungen verlangen, welche nicht unter die ihm obliegenden regelmäßigen Reparaturkosten fallen[92].

---

wohl gethan, so muß nach geendigtem Nießbrauche die Sache nach dem Verlangen des Eigenthümers auf Kosten des Nießbrauchers wieder in den vorigen Stand gesetzt werden. Kann dieses nicht geschehen, so haftet der Nießbraucher dem Eigenthümer für allen aus einer solchen eigenmächtigen Veränderung entstandenen Nachtheil." B.G.B. §§ 276, 278, 823 ff., 249 ff.

[89] l. 7 § 2 l. 59 pr. l. 65 § 1 D. 7. 1; Elvers, Servituten 532; Glück, Commentar IX. 251; Pr. L.R. I. 21. 13. 14. B.G.B. § 1050: „Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, welche durch die ordnungsmäßige Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführt werden, hat der Nießbraucher nicht zu vertreten"; Haftung für Zufall trifft ihn außer im Falle des § 1048 II (s. oben Nt. 72) nicht: arg. §§ 276, 823 B.G.B. Er hat aber Versicherungspflicht, wobei ihm an der Forderung gegen den Versicherer selbst wieder der Nießbrauch wie an einer verzinslichen Forderung zusteht, §§ 1045, 1046 B.G.B. (s. auch Art. 75 E.G. z. B.G.B.) und Anzeigepflicht insbesondere dann, wenn Vorkehrungen zum Schutze gegen nicht vorgesehene Gefahren erforderlich werden § 1042 B.G.B. Schon fahrlässige Verletzung dieser Pflichten begründet Schadensersatzhaftung § 828 II B.G.B.

[90] l. 1 § 3 D. 7. 9; Windscheid § 204, 2; Bayr. L.R. II. 9. 5 Nr. 3: „mithin allen Schaden, welcher dolo vel culpa lata et levi auf dem Gut durch ihn geschieht, zu erstatten." Pr. L.R. I. 21. 132: „Verringerungen der zum Nießbrauche eingeräumt gewesenen Sache müssen der Nießbraucher oder dessen Erben dem Eigenthümer insofern vergüten, als sie durch grobes oder mäßiges Versehen entstanden sind." Bez. des B.G.B. s. Nt. 88.

[91] l. 65 pr. D. 7. 1; Commentar IX. 252; Windscheid § 204, 3; Pr. L.R. I. 21. 132. Nach B.G.B. haftet er für Vorsatz und Fahrlässigkeit, die Haftung für letztere kann ihm erlassen werden; vgl. die Cit. in Nt. 88. Die Ersatzansprüche des Eigenthümers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache verjähren nach B.G.B. schon in sechs Monaten oder längstens mit Verjährung des Anspruchs auf Rückgabe der Sache (§§ 194, 195 B.G.B.). Die 6monatliche Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Eigenthümer die Sache zurückerhält: § 1057, 558 II, III B.G.B.

[92] Vgl. oben Note 71: Elvers, Servituten 538. Nach Pr. L.R. I. 21.

Hinsichtlich anderer Verwendungen gelten folgende Grundsätze: Gemeinrechtlich kann er für nützliche Verwendungen Ersatz verlangen, und bis zu dessen Leistung die Sache retiniren[93], während er Verwendungen zum Vergnügen nur hinwegnehmen darf, soweit dieß ohne Beschädigung der Sache möglich ist[94]. Nach Preußischem Landrecht hat der Nutznießer Anspruch auf Ersatz von Verbesserungen, nur wenn der Eigenthümer die Vornahme schriftlich genehmigt hat, oder wenn sie auf Grund landesgesetzlicher Vorschrift oder obrigkeitlicher Anordnung vorgenommen sind; außerdem hat er nur das Recht der Hinwegnahme[95]. **Nach B.G.B.[96] trifft den Eigenthümer eine Ersatzpflicht nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag[97] für solche Verwendungen auf die Sache, zu denen der Nießbraucher nicht verpflichtet ist[98]; Einrichtungen, mit denen er die Sache versehen hat, ist der Nießbraucher berechtigt wegzunehmen[99]. Endigt der Nießbrauch eines landwirthschaftlichen Grundstücks im Laufe eines Nießbrauchsjahres, so hat der Besteller die Kosten, die der Nießbraucher auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft vor dem Ende des Nießbrauchsjahres zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie**

---

49 ist der Ersatzanspruch davon abhängig, ob sich der Eigenthümer vertragsmäßig dazu verpflichtet hat.

[93] l. 7 Cod. 3. 33; Elvers, Servituten 538; Erk. Oldenburg 30/10 1843 Sf. I. 15; Darmstadt 8|10 1862 Sf. XVII. 2. Dieß gilt auch nach Bayrischem Landrecht. Zwar soll nach Bayr. L.R. II. 9. 7 Nr. 4 der Nutznießer die Ersatzansprüche des bonae fidei possessor geltend machen, und dieser hat nach Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7 ein Retentionsrecht nur für nothwendige, nicht für nützliche Verwendungen; allein das letztere findet keine Anwendung auf den Nutznießer, der auch nach Bayrischem Landrecht ein Retentionsrecht für nützliche Verwendungen hat Kreittmayr, Anm. 12 zu Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7; Erk. München 29/1 1877 Sammlg. VI. 224.

[94] Elvers, Servituten 538; Bayr. L.R. II. 2. 10 Nr. 7.

[95] Pr. L.R. I. 21. 125—127; Förster Eccius § 186, 105.

[96] § 1049 I B.G.B.

[97] §§ 667—687 B.G.B. Nicht in Betracht kommen die §§ 994—1002 B.G.B. Anwendbar ist aber § 256 B.G.B., wonach eine Verzinsung der Aufwendungen nicht eintritt.

[98] Vgl. dazu die §§ 1041, 1045, 1047 B.G.B.

[99] § 1049 II, § 258 B.G.B.

einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entsprechen und den Werth dieser Früchte nicht übersteigen [100]. Die Ansprüche des Nießbrauchers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in 6 Monaten seit Beendigung des Nießbrauchs [101].

3. Der Nutznießer hat gemeinrechtlich, soweit nicht gesetzlich für den einzelnen Fall eine Ausnahme gemacht ist, auf Verlangen des Eigenthümers für Erfüllung seiner Verpflichtungen Caution zu leisten [102]. Gesetzlich befreit ist der Nießbraucher, dem nach einer bestimmten Zeit das Eigenthum der Sache zufällt [103], der Schenkgeber, der sich das Eigenthum der Sache vorbehält [104], der Ehemann für den Nießbrauch an dem ehefräulichen Vermögen [105], die Eltern für den gesetzlichen Nießbrauch an den Kindergütern [106] und gemeinrechtlich der Fiskus [107]. Die Cautionsleistung kann dem Nießbraucher auch durch Verzichtleistung von Seite des Eigenthümers erlassen werden [108], und zwar nach dem jetzt geltenden Recht auch bei dem durch letztwillige Verfügung bestellten Nießbrauch [109]. Ge-

---

[100] § 1055 II und § 592 B.G.B.

[101] 1057, 558 II B.G.B.

[102] l. 4 Cod. 3. 33; l. 13 pr. D. 7. 1; Windscheid § 204, 6; Bayr. L.R. II. 9. 6; II. 9. 10 Nr. 4. „Obgedachte Caution, welche nemlich jeder Ususfructuarius sowohl wegen Conservir- als Restituirung des nutzlichen Gutes zu prästiren hat, pflegt nur auf Begehren des Eigenthümers geleistet zu werden."

[103] l. 9 § 2 D. 7. 9; Windscheid § 204, 8; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 2.

[104] Glück, Commentar IX. 484; Windscheid § 204, 8; Erk. Celle 21/9 1875 Sf. XXXI. 207; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 2.

[105] l. 2 Cod. 5. 20; Windscheid § 204, 8; Roth, D. P.R. § 138, 8.

[106] l. 6 § 2 l. 8 § 4 Cod. 6. 61; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 2. Gemeinrechtlich galt diese Befreiung nur für den väterlichen Nießbrauch an den Adventitien l. 8 § 4 Cod. 6. 61 und an dem Ehegewinn bei Eingehung einer zweiten Ehe l. 6 § 1 Cod. 5. 9, daher nicht für die Mutter Erk. Jena 12/8 1875 Sf. XXXII. 22, nach mehreren Statuten ist dieß indeß auf den elterlichen Beisitz ausgedehnt vgl. oben § 174, V. Nach Bayrischem Landrecht gilt die Cautionsbefreiung nur insoferne die Eltern keinen Grundbesitz haben.

[107] l. 1 § 18 D. 36. 3; Arndts § 180 Anm. 4; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 2.

[108] l. 46 D. 2. 14; Glück, Commentar IX. 479; Bayr. L.R. II. 9. 6 N. 2 „. . . wenn sich Proprietarius derselben begibt, welches jedoch durch die bloße Auslieferung des nutznießlichen Gutes niemals vermuthet wird."

[109] l. 7 Cod. 6. 54 ist Erlaß der Caution bei dem durch letztwillige Verfügung bestellten Nießbrauch allgemein untersagt. Von Manchen wird diese

setzliche oder vertragsmäßige Befreiung von der Cautionsleistung schließt jedoch das Verlangen einer solchen bei Gefährdung des Eigenthümers durch Mißbrauch des Nießbrauchs nicht aus [110]. Wo die Cautionsstellung erforderlich ist, kann der Eigenthümer vor Leistung der Caution zur Ausantwortung der Sache nicht angehalten werden [111], und er kann die ohne Caution ausgeantwortete Sache zurückverlangen [112]; auch steht ihm ein Klagerecht auf Cautionsleistung zu [113]. Die Caution geht auf Erfüllung aller Verbindlichkeiten des Nutznießers, namentlich hinsichtlich des ordnungsmäßigen Gebrauchs und der Rückgabe [114]; sie ist gemeinrechtlich [115] durch

---

Bestimmung noch jetzt für anwendbar gehalten Glück, Commentar IX. 476; Elvers, Servituten 555; Windscheid § 204, 9; Brinz, Pandekten (2) § 193, 11; Sintenis, C.R. § 59, 39; Erk. Jena 9|4 1840 Sf. IV. 206; Celle 25|4 1854 Sf. IX. 137; 5|10 1864 Sf. XIX. 126; 14|12 1864 Sf. XIX. 174; Wolfenbüttel 8|1 1869 Sf. XXIII. 281; Lübeck 26|11 1870 Sf. XXV. 144; 29|10 1872 Sf. XXX. 82; Celle 6|4 1887 Sf. XLIII. 226. Von andern wird die jetzige Anwendbarkeit in Abrede gestellt Seuffert, Pandekten § 169, 20; Arndts § 180 Anm. 2; E. d. R.G. XIII. Nr. 42; Sf. XLI. 117; XLIX. 9. Dieser letzteren Ansicht schließt sich an Kreittmayr, Anm. 2 zu L.R. II. 9. 6. „Von dem Testatore selbst, welcher usumfructum vermacht hat, kann zwar die Caution jure romano nicht nachgelassen werden ..... Dieweil aber nicht abzusehen ist, warum derjenige, welcher das Eigenthum der Sache selbst vergeben kann, solche nicht auch ohne Caution solle einräumen können, so scheint das römische Recht in diesem Stuk unbegreiflich zu sein, und redet demnach unser Codex nur in Terminis Generalibus von dem Proprietario ohne inter Testatorem und haeredem einen Unterschied diesfalls zu machen." Bei Erbverträgen hält den Erlaß allgemein für zuläßig Erk. Celle 24|10 1874 Sf. XXX. 122.

110 Erk. Darmstadt 7/11 1873 Sf. XXIX. 147.

111 l. 13 pr. D. 7. 1; Glück, Commentar IX. 488; Sintenis, C.R. § 59, 40; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 4. In diesem Fall ist der Beginn des Fruchtgenusses von Stellung der Caution abhängig Erk. Berlin Sf. XXI. 216.

112 l. 12 D. 7. 9; Glück, Commentar IX. 489, 11; Sintenis, C.R. § 59, 41; Kreittmayr, Anm. 1d zu L.R. II. 9. 6. Der Beginn des Fruchtgenusses an den in der Hand des Usufructuars befindlichen Sachen ist von Stellung der Caution nicht abhängig Erk. Darmstadt 18|9 1866 Sf. XXII. 218. Daher ist auch der Usufructuar die vor der Cautionsleistung gezogenen Früchte zurückzugeben nicht verpflichtet Erk. Berlin 24/3 1868 Sf. XXI. 216.

113 l. 7 pr. D. 7. 9; Glück, Comment. IX. 489, 11; Windscheid § 204, 7.

114 l. 1 § 3 D. 7. 9; Glück, Commentar IX. 471; Windscheid § 204, 5; Bayr. L.R. II. 9. 6. Bei dem Quasiusufruktus geht sie auf Rückgabe der gleichen Quantität oder des Werths derselben oben Note 84.

115 l. 13 pr. D. 7. 1; l. 5 § 1 D. 7. 9; Glück, Commentar IX. 491,

Bürgen zu stellen; ist dieß nicht ausführbar, so hat gemeinrechtlich der Richter zu bestimmen, ob eine andere und welche Cautionsleistung zulässig sei[116]. Ist die Leistung einer Caution nicht möglich, so kann Sequestration und Verpachtung der Sache für den Nutznießer verfügt werden[117]. Nach Preußischem Landrecht[118] ist der Nutznießer nur in Ausnahmsfällen zur Sicherheitsleistung verpflichtet. **Das B.G.B. kennt gleichfalls eine allgemeine Kautionspflicht nicht (s. Näheres unter Ziff. III.).**

III. Stellung des Eigenthümers. Der Eigenthümer ist durch das Recht des Nießbrauchers insoweit beschränkt, daß er einseitig keine Verfügungen vornehmen darf, welche das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigen würden[119]. Er ist daher

---

18; Elvers, Servituten 567; Windscheid § 204, 6. Kreittmayr, Anm. 1 b zu L.R. II. 9. 6 stellt die Pfandbestellung der Bürgschaft gleich.

[116] Glück, Commentar IX. 492; Elvers, Servituten 567; Erk. Lübeck 31/8 1849 Sf. XV. 109; Rostock 17/9 1866 Sf. XXIV. 301; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 6. „Ob in Ermanglung anderer Caution das bloße Jurament auf Seiten des Usufructuarii hinlänglich seie, muß theils aus Beschaffenheit der Person, theils aus anderen Umständen ermessen werden."

[117] Glück, Comment. IX. 492, 20; Bayr. L.R. II. 9. 6 Nr. 4. 5. „Vor geleisteter Caution ist der Eigenthümer nicht schuldig, dem Usufructuario das Gut ausfolgen zu lassen, sondern kann zur Sicherheit begehren, daß man solches verpachte, oder durch einen anderen auf des Fructuarii Kosten verwalten lasse, welchenfalls jedoch diesem letzteren der Pachtschilling und respektive die Rechnungsaufnahme sammt denen Fructibus des verwalteten Guts gebührt."

[118] Nach Pr. L.R. I. 21. 20. 103. 108 ist der Nutznießer zur Sicherheitsleistung nur verbunden bei eigenmächtiger Verfügung über Capitalien, wenn er für die Sicherheit solcher Capitalien haftet, und wenn Mißbrauch oder Vernachlässigung von seiner Seite zu besorgen ist. Auch nach Preußischem Recht kann der Eigenthümer bei unwirthschaftlicher Behandlung der Sache von Seiten des Nutznießers auf Sequestration antragen Pr. L.R. I. 21. 140—148; Förster Eccius § 186, 129.

[119] l. 7 § 2; l. 13 § 7. 1; Pr. L.R. I. 21. 72. 99. In Verbindung mit dem Nießraucher ist er zu allen Dispositionen befugt. Nach l. 16 D. 7. 1. darf er Dienstbarkeiten, die den Nießbrauch beeinträchtigen, nicht einmal mit Einwilligung des Nießbrauchers auflegen, was aber von den meisten für nicht mehr praktisch gehalten wird Elvers, Servituten 258; Windscheid § 203, 18; Sintenis, C.R. § 59, 45; Kreittmayr, Anm. 26 zu L.R. II. 7. 4: „Ja es will sogar das römische Recht solches dem Proprietario nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuarii gestatten . . . welches jedoch eine bloße römische Caprice und Formal-Thorheit ist, mithin auch in Praxi nicht beobachtet wird." Für noch

verbunden, dem Nießbraucher die Benützung der Sache zu gestatten [120], und darf einseitig keine Veränderungen an der Sache vornehmen [121]. Unter Vorbehalt der Rechte des Nießbrauchers kann er jedoch Verfügungen treffen, namentlich die Sache veräußern [122], verpfänden [123], und mit anderen den Nießbrauch nicht beeinträchtigenden dinglichen Lasten beschweren [124]. Der Eigenthümer kann schon während der Dauer des Nießbrauchs die zur Erhaltung seines Eigenthums erforderlichen Veranstaltungen treffen, namentlich Beseitigung willkürlicher Veränderungen und Entschädigung wegen ordnungswidrigen Gebrauchs verlangen [125], sowie bei fortwährendem Mißbrauch Zurückgabe der Sache beantragen [126]. **Nach B.G.B. stehen dem Eigenthümer mehrfache Sicherungsmaßregeln zu:**

1) er kann, ebenso wie der Nießbraucher, jederzeit den Zustand der Sache auf seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen [127];

2. er ist bei dem Nießbrauch an einem Inbegriff von

---

praktisch halten dieses Verbot Glück, Comment. IX. 50 und Vangerow § 338 Anm. 2. 3. — §§ 903, 1065 B.G.B.; auch § 1071 B.G.B. für den Nießbrauch an Rechten: Ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben oder in einer den Nießbrauch beeinträchtigenden Weise geändert werden; die Zustimmung ist demjenigen gegenüber, zu dessen Gunsten sie erfolgt, oder bei dinglichen Rechten an Grundstücken dem Grundbuchamte gegenüber zu erklären und ist unwiderruflich.

[120] l. 15 § 6 D. 7. 1; Bayr. L.R. II. 9. 7 Nr. 1.

[121] l. 7 § 1 D. 7. 1; Glück, Comment. IX. 261; Erk. Darmstadt 24/6 1873 Sf. XXIX. 48; Pr. L.R. I. 21. 99. 100.

[122] Glück, Comment. IX. 260, 40; Bayr. L.R. II. 9. 7 Nr. 2. „Kann er zwar das Eigenthum auch ohne Wissen oder Willen des Usufructuarii jedoch einmal anderst als salvo jure ususfructus verpfänden oder veräußern."

[123] l. 2 Cod. 3. 33; Bayr. L.R. II. 9. 7 Nr. 2.

[124] l. 15 § 7 l. 16 D. 7. 1; Windscheid § 203, 17.

[125] Windscheid § 204, 5; Erk. Celle 14/3 1862 Sf. X. 234; Pr. L.R. I. 21. 28.

[126] l. 1 § 5 D. 7. 9; Windscheid § 204, 5a; Pr. L.R. I. 21. 140. Ueber die Frage, ob der Nießbrauch der Sache dadurch verloren gehe vgl. oben § 170, 58 ff.

[127] § 1034 B.G.B. Vgl. oben Nt. 87. Das Verfahren wird durch das R.G. über die freiwillige Gerichtsbarkeit bestimmt.

Sachen vom Nießbraucher, wie auch dieser vom Eigenthümer, jederzeit berechtigt, die Mitwirkung zur Inventarserrichtung zu verlangen [128]. Jeder Theil kann öffentliche Beurkundung oder wenigstens öffentliche Unterschriftsbeglaubigung auf seine Kosten verlangen [129].

3. Bei dem Nießbrauch an einer auf Gewinnung von Bodenbestandtheilen gerichteten Anlage, z. B. einem Walde oder Bergwerke, kann der Eigenthümer, wie auch der Nießbraucher jederzeit die Feststellung eines Wirthschaftsplanes über das Nutzungsmaß und die Art der wirthschaftlichen Behandlung, sowie die Aenderung des Wirthschaftsplanes bei erheblicher Aenderung der Umstände auf Kosten beider Theile verlangen [130].

4. Der Nießbraucher hat dem Eigenthümer unverzüglich Anzeige zu erstatten, wenn eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr oder wenn eine außergewöhnliche Ausbesserung oder Erneuerung der Sache erforderlich, die Sache beschädigt oder zerstört wird oder ein Dritter sich Rechte an der Sache anmaßt [131]. Der Eigenthümer ist befugt, erforderlich gewordene Ausbesserungen oder Erneuerungen selbst vorzunehmen, wenn diese der Nießbraucher unterläßt, und darf hiezu auch Bestandtheile der Sache verwenden, die nicht zu den dem Nießbraucher gebührenden Früchten gehören [132].

5. Die vom Nießbraucher nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft auf seine Kosten zu nehmende Versicherung der Sache gegen Unfälle muß auf den Eigenthümer als Forderungsberechtigten gestellt werden. Tritt

---

[128] § 1035 B.G.B. Das Inventar ist mit der Angabe des Tages der Aufnahme zu versehen und von beiden Theilen zu unterzeichnen. Das Inventar für sich enthält keinen Anerkennungsvertrag: Reatz, S. 508 Nt. 1.

[129] Vgl. dazu §§ 128, 129 B.G.B. und Art. 141 E.G. z. B.G.B. Die Kosten hat derjenige vorzuschießen, der die Unterschriftsbeglaubigung oder öffentliche Beurkundung verlangt. Ueber die Verpflichtung des Nießbrauchers zur Ableistung des Offenbarungseides s. §§ 260, 261 B.G.B.

[130] § 1036 B.G. B. Vgl. hieher auch die Art. 67—69, 83, 183 E.G. z. B.G.B.

[131] § 1042 B.G.B. Nichterfüllung dieser Pflicht kann Schadensersatzpflicht des Nießbrauchers begründen: § 823 II B.G.B. Vgl. schon oben § 175, 91.

[132] § 1044 B.G.B.

ein unter die Versicherung fallender Schaden ein, so kann der Eigenthümer, ebenso wie der Nießbraucher verlangen, daß die Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache oder zur Beschaffung eines Ersatzes insoweit verwendet wird, als es einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht. Der Eigenthümer kann die Verwendung sowohl selbst besorgen, als dem Nießbraucher überlassen[133].

6. Der Eigenthümer kann vom Nießbraucher die Tragung der Lasten der Sache verlangen.

7. Der Eigenthümer kann verlangen

a. Sicherheitsleistung des Nießbrauchers, wenn durch dessen Verhalten auch nur die Besorgniß einer erheblichen Verletzung seiner Rechte begründet ist[134];

b. wenn der Nießbraucher zur Sicherheitsleistung rechtskräftig verurtheilt und die ihm auf Antrag des Eigenthümers vom Gerichte zur Sicherheitsleistung gesetzte Frist ohne vorherige Sicherheitsleistung verstrichen ist, statt der Sicherheitsleistung die Uebertragung der Ausübung des Nießbrauchs für Rechnung des Nießbrauchers auf einen vom Gerichte zu bestellenden und unter Aufsicht des Gerichtes stehenden Verwalter, sohin gerichtliche Anordnung einer Verwaltung, die aber wieder aufzuheben ist, wenn nachträglich die Sicherheit geleistet wird[135];

c. ohne Weiteres die gerichtliche Anordnung einer Verwaltung, wenn der Nießbraucher die Rechte des Eigenthümers in erheblichem Maße verletzt, vom Eigenthümer zur Unterlassung gemahnt ist und gleichwohl das verletzende Verhalten fortsetzt[136].

8. Beim Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen kann der Eigenthümer wie der Nießbraucher den Werth auf

---

[133] §§ 1045, 1046 B.G.B.

[133a] Vgl. Nt. 80.

[134] § 1050 B.G.B. Die näheren Bestimmungen über die Sicherheitsleistung finden sich in den allgemeinen Vorschriften der §§ 232—240 B.G.B.

[135] § 1052 B.G.B. § 230 b Abs. 2 R.C.P.O. (Anl z. D.). Verwalter kann auch der Eigenthümer selbst sein. Die Aufsicht ist die gleiche, wie die über einen für die Zwangsverwaltung eines Grundstücks bestellten Verwalter: § 1052 II, §§ 152—154 R.Subh.Ordn.

[136] § 1054 B.G.B.

seine Kosten durch Sachverständige feststellen lassen; der Eigenthümer kann auch vom Nießbraucher Sicherheitsleistung verlangen, wenn der Anspruch auf Werthsersatz gefährdet ist, ist aber hier auf das Verlangen der Sicherheitsleistung beschränkt; gerichtliche Anordnung einer Verwaltung findet nicht statt[137].

9. Der Eigenthümer kann vom Nießbraucher Sicherheitsleistung dafür verlangen, daß dieser ihm bei Beendigung des Nießbrauchs den Werth solcher Früchte ersetze, die er den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zuwider oder deßhalb im Uebermaße zieht, weil dieß in Folge eines besonderen Ereignisses nothwendig geworden ist[138].

10. Der Eigenthümer kann unbeschadet seines Anspruchs auf Beseitigung einer Beeinträchtigung seines Rechtes[139] gegen den Nießbraucher auch auf Unterlassung klagen, wenn der Nießbraucher die Sache in unbefugter Weise gebraucht, vom Eigenthümer zur Unterlassung gemahnt ist und gleichwohl sein unbefugtes Verhalten fortsetzt[140].

IV. Rechtsstellung des Nießbrauchers und des Eigenthümers oder Bestellers zu dritten Betheiligten nach B. G. B.

A. Das Rechtsverhältniß des Nießbrauchers zu anderen dinglich Berechtigten derselben Sache hat bereits oben in § 171 a seine Darstellung gefunden.

B. Das Rechtsverhältniß des Nießbrauchers und des Eigenthümers zu den Mietern und Pächtern der Sache während der Dauer und nach Beendigung des Nießbrauchs ist in seinen einzelnen Wirkungen bereits oben § 175 an den einschlägigen Stellen dargelegt.

C. Bei dem Nießbrauch an Rechten auf eine Leistung[141] hat der Nießbraucher gegenüber dem Leistungspflichtigen die Rechtsstellung des Cedenten gegenüber dem debitor cessus; auf das Rechtsverhältniß zwischen Beiden finden die Vorschriften entsprechende

---

[137] § 1067 B.G.B.

[138] § 1039¹ B.G.B. Vgl. auch oben § 175, 27.

[139] § 1004 B.G.B. S. oben § 164.

[140] § 1053 B.G.B. Vgl. dazu §§ 1030, 1031, 1036—1040, 1043, 1048 B.G.B.

[141] Vgl. § 241 B.G.B.

Anwendung, welche im Falle einer Uebertragung des betreffenden Rechts für das Rechtsverhältniß zwischen dem Erwerber und Verpflichteten gelten würden[142], soferne nicht die besonderen Bestimmungen über den Nießbrauch an Rechten Abweichendes enthalten[143]. Die Bestellung und Aufhebung einer gerichtlich angeordneten Verwaltung ist aber dem Verpflichteten gegenüber stets erst wirksam, wenn er von der Anordnung oder Aufhebung Kenntniß erlangt hat oder ihm wenigstens eine Mittheilung hievon zugestellt worden ist[144].

D. Rechtsverhältniß der Gläubiger bei dem Nießbrauch an einem Vermögen oder einer Erbschaft[145]. Hier ist zu unterscheiden das Rechtsverhältniß in Ansehung der Forderungen auf wiederkehrende Leistungen und der Capitalsforderung. In Betracht kommen nur solche Forderungen, die schon vor Bestellung des Nießbrauchs entstanden sind.

1. In Ansehung der Forderungen auf wiederkehrende Leistungen.

a. Der Nießbraucher ist verpflichtet, den Gläubigern des Bestellers, deren Forderungen schon zur Zeit der Bestellung verzinslich waren, sowie den Gläubigern einer schon vor der Bestellung entstandenen Forderung auf andere wiederkehrende Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden, die Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen für die Dauer des Nießbrauchs zu entrichten. Durch Vertrag zwischen Nießbraucher und Besteller kann diese Haftung des Nießbrauchers weder beschränkt noch ausgeschlossen werden.

b. Der Nießbraucher ist aber auch dem Besteller gegenüber zur Befriedigung der Gläubiger wegen dieser Forderungen verpflichtet; die Rückgabe von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung kann jedoch der Besteller nur dann verlangen, wenn der Nießbraucher mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit in Verzug kommt.

2. In Ansehung der Capitalsforderung selbst.

a. Der Nießbraucher ist befugt, fällige Schulden des Bestellers

---

[142] § 1070 I B.G.B. Vgl. dazu die §§ 398 ff. und als besonders wichtig die §§ 404—411 B.G.B.

[143] So die §§ 1074 letzt. Satz, 1077, 1080 B.G.B.

[144] § 1070 II B.G.B.

[145] §§ 1086—1089 B.G.B. — Ueber die Zwangsvollstreckung gegen den Nießbraucher vgl. die §§ 670 c und d R.C.P.O. (Anl. . D.).

durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes zu erfüllen, ja sogar berechtigt, wenn der geschuldete Gegenstand nicht zu dem Nießbrauchsvermögen gehört, zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers einen zu diesem Vermögen gehörenden vorzugsweise geeigneten Gegenstand zu veräußern, wenn die Befriedigung durch den Besteller nicht ohne Gefahr abgewartet werden kann. Insoweit er zum Ersatze des Werthes verbrauchbarer Sachen verpflichtet ist, muß er in erster Linie aus dem Ersatzanspruche Befriedigung leisten.

b. Der Nießbraucher ist aber auch verpflichtet, die Gläubiger des Bestellers aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen zu befriedigen. Hat er das Eigenthum an verbrauchbaren Sachen erlangt, so tritt an Stelle dieser Sachen der Anspruch des Bestellers auf Werthsersatz und ist der Nießbraucher den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatze verpflichtet.

c. Der Nießbraucher ist endlich dem Besteller gegenüber zur Rückgabe der zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Gegenstände verpflichtet; der Besteller hat die Auswahl, darf aber nur die verzugsweise geeigneten Gegenstände auswählen. Anderseits ist auch der Besteller dem Nießbraucher gegenüber zur Befriedigung der Gläubiger insoweit verpflichtet, als die zurückgegebenen Gegenstände hiezu ausreichen.

§ 176.

II. Das Gebrauchsrecht [1].

Das römische Recht unterscheidet von dem Nießbrauch das Gebrauchsrecht (usus) [2], über dessen Inhalt die Meinungen getheilt

---

[1] Vgl. Scheurl de usus et fructus discrimine 1846; Bechmann, über den Inhalt des usus 1861; Glück, Commentar IX. 430; Windscheid § 207; Sintenis, C.R. § 60; Dernburg § 250.

[2] Das Institut ist so gut wie ganz aus dem Rechtsleben verschwunden, wie dieß schon Kreittmayr, Anm. 2 zu L.R. II. 9. 11 constatirt. „Ueberhaupt kommt servitus usus heut zu Tag weniger vor. Solemus enim amicis aut omnino non aut large satis prospicere." Mit Recht ist es daher im Preußischen Landrecht beseitigt, während es im Sächsischen, Oesterreichischen und Französischen Recht formell erhalten ist. Auch das B.G.B. kennt ein besonderes „Gebrauchsrecht" nicht, läßt aber gemäß § 1030 II die Einschränkung des Nießbrauchs durch Ausschluß einzelner Nutzungen auf ein bloßes Gebrauchsrecht zu; gleichwohl liegt aber dann noch ein Nießbrauch im Rechtssinne,

sind. Die ältere Ansicht nahm an, das Gebrauchsrecht unterscheide sich vom Nießbrauch nur quantitativ, indem bei dem Gebrauchsrecht die Berechtigung die gleiche wie beim Nießbrauch und nur auf das Bedürfniß des Berechtigten beschränkt sei [3]. Nach der anderen Ansicht gewährt das Gebrauchsrecht nur das Recht des Gebrauchs und nur in Ausnahmsfällen mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Sache und die mutmaßliche Willensmeinung des Verleihers das Recht des Fruchtgenusses für den eigenen Bedarf [4]. Eine dritte Meinung endlich sieht den Unterschied in dem Fruchterwerb [5]. Unsere Statuten entscheiden sich alle für die erste der oben angeführten Meinungen [6]. Auf das Gebrauchsrecht werden die für den

---

wenn auch im beschränkten Sinne vor, für den die Bestimmungen über den Nießbrauch zur Anwendung kommen. Anderseits kann an Grundstücken auch mittelst Bestellung beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten der Effekt eines Gebrauchsrechtes erzielt werden (§ 1090 B.G.B.). Immerhin muß indessen daran festgehalten werden, daß der Nießbrauch präsumtiv alle Nutzungen umfaßt, soweit nicht positive Einzelausnahmen ausdrücklich gemacht sind, also präsumtiv generellen Inhalt hat, die beschränkt persönliche Dienstbarkeit sich immer nur auf die einzelnen eingeräumten Nutzungsseiten erstreckt, also präsumtiv spezialisirten Inhalt hat.

[3] S. die bei Scheurl p. 5. 10—12 Angeführten. Puchta, Pandekten § 180 sucht den Unterschied darin, daß der Usuar in dem Benutzungsrecht auf sein unmittelbares Bedürfnis beschränkt sei, und das Recht des Umsatzes der Nutzung durch Ueberlassung der Ausübung an einen Dritten nicht habe.

[4] Windscheid § 207, 3—6; Arndts § 182, 2.

[5] Nach Bechmann usus § 62 gewährt der usus nicht Eigenthum an den Früchten, sondern nur das Recht der Verzehrung Scheurl in Z. f. G.R.W. XV. 34 und Elvers, Servituten 603 lassen dem Usuar die Beziehung nur derjenigen Früchte, welche sofort während der Dauer des Usus verbraucht werden.

[6] Bayr. L.R. II. 9. 11: „Wann die Nutznießung fremden Guts nur soweit als die tägliche Nothdurft mit sich bringt eingeschränkt ist, so heißt es servitus usus, und wird 2° die Nothdurft nach der Person des Usuarii seinem Stand, Familie, Haushaltung und dergleichen Umständen, nicht aber nach seinem anderen Vermögen ermessen, anerwogen auch ein Bemittelter, oder der schon von anderen dergleichen usum hat, in kraft dieser Servitut soviel fordern mag als seinem Stand nach die tägliche Nothdurft erheischt. . . . . Desgleichen kann er auch 5° nicht an andere überlassen werden außer soweit die Sach andergestallt nicht als auf solche Weis zu gebrauchen ist." Das Pr. L.R. I. 21. 185 führt daher nicht ein besonderes Gebrauchsrecht auf, sondern nennt den Usus Nießbrauch nach dem Bedürfniß.

Nießbrauch geltenden Grundsätze analog angewendet [7]. Der Usuar hat daher Anspruch auf Detention der Sache [8], auf den Gebrauch derselben [9], und auf Beziehung des Theils der natürlichen Früchte, der seinem persönlichen Bedürfniß entspricht [10]. Dagegen hat er im Verhältniß seines Fruchtbezugs zum Unterhalt der Sache und zur Tragung der Lasten zu konkurriren [11]. Der Usuar hat die Verpflichtung, nach beendetem Gebrauchsrecht die Sache in dem Stand zu restituiren, in dem er sie erhalten hat [12], weßhalb er auch Caution leisten muß [13]. Der Eigenthümer unterliegt dem Usuar gegenüber denselben Beschränkungen, wie sie dem Usufruktuar gegenüber gegeben sind [14]. Nur darin unterscheidet sich das Gebrauchsrecht vom Nießbrauch, daß es untheilbar [15] und daß seine Ausübung nicht übertragbar ist [16].

§ 177.

III. Das Wohnungsrecht [1].

Das römische Recht hat das Wohnungsrecht als besondere Personalservitut ausgebildet. Es ist zwar als eine Art des Usus erklärt [2], dessen Grundsätze im Uebrigen analoge Anwendung finden

---

[7] l. 18. 22 § 2. 23 D. 7. 8; Arndts § 182. i.

[8] Puchta, Pandekten § 180 h; Seuffert, Pandekten § 171, 2.

[9] l. 2 pr. D. 7. 8; Windscheid § 207, 1.

[10] l. 12 pr. l. 22 pr. D. 7. 8; Seuffert, Pandekten § 151, 5; Bayr. L.R. II. 9. 11 Nr. 2. Es ergibt sich daraus von selbst, daß er die Früchte nicht veräußern darf Dernburg, Pr. P.R. I. § 288, 5.

[11] l. 18 D. 7. 8; Elvers, Servituten 723; Glück, Commentar IX. 453; Kreittmayr, Anm. e zu L.R. II. 9. 11: „neben dem tragt er a proportion des Gebrauchs und Nutzens auch die davon abhangende Onera."

[12] Puchta, Pandekten § 180 m.

[13] l. 5 § 1 D. 7. 9; Elvers Servituten 621; Windscheid § 207, 9; Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 9. 11; C. c. Art. 626.

[14] l. 15 § 1 D. 7. 8; Glück, Commentar IX. 452, 22.

[15] l. 19 D. 7. 8; Windscheid § 207, 12; Kreittmayr, Anm. f zu L.R. II. 9. 11.

[16] § 1 Inst. 2. 5; Windscheid § 207, 2. Das Gleiche gilt nach Pr. L.R. I. 19. 22; Förster Eccius § 185, 48. Nach Bayr. L.R. II. 9. 11 Nr. 5 ist Ueberlassung der Ausübung an andere dann zuläßig, wenn die Sache nicht anders gebraucht werden kann.

[1] Thibaud, Abhandlungen 1814. 7—36; Klooß, die Lehre von der habitatio 1838; Elvers, Servituten § 60; Windscheid § 208; Dernburg § 250.

[2] l. 10 D. 7. 8; Elvers, Servituten 626.

sollen [3]; es unterscheidet sich aber darin, daß es durch Nichtgebrauch nicht untergeht [4], und daß der Berechtigte die Wohnung vermieten, nicht aber unentgeltlich an andere überlassen darf [5]. Gemeinrechtlich wird von den meisten angenommen, daß das Institut in dieser Form bei uns nicht recipirt sei [6], jedenfalls hat es in unseren Statuten keine Aufnahme gefunden; diese behandeln das Wohnungsrecht vielmehr nur als Anwendungsfall des Usus [7]. Hiernach wird das Wohnungsrecht seinem Umfang nach durch das Bedürfniß des Berechtigten bestimmt. Ist es nicht ausdrücklich auf die Person des Berechtigten beschränkt, so steht diesem das Wohnungsrecht in den dafür bestimmten Räumen für sich und seine Familie zu [8]. Der Berechtigte hat nur das Recht persönlicher Benützung und darf dasselbe an andere nicht überlassen [9]. Der Berechtigte hat

---

[3] l. 5 § 3 D. 7. 9; Windscheid § 208, 2.

[4] l. 10 pr. D. 7. 8; Thibaud, Abhandlungen 20; Glück, Commentar IX. 463; Windscheid § 208, 2.

[5] l. 13 Cod. 3. 33; Thibaud, Abhandlungen 22; Glück, Commentar IX. 160; Windscheid § 208, 1.

[6] Puchta, Pandekten § 179; Arndts § 182, 5: Sintenis, C.R. § 60, 5; Baron § 158 Nr. 4; Heimbach, R.L. IX. 929; Wächter, Pandekten § 156 Beilage II. Für die Anwendbarkeit sprechen sich aus Glück, Commentar IX. 455; Seuffert, Pandekten § 172, 7; Windscheid § 208, 4; Brinz, Pandekten (2) § 195, 25.

[7] Bayr L.R. II. 9. 12. „Unter jetztgedachter Servitute usus und habitationis ist kein anderer Unterschied, als daß man sich kraft der letzteren eines fremden Haus für sich und sein Domestiken zur bloßer Standsmäßiger Wohnung jedoch nicht weiter gebrauchen darf, und hindert hieran nicht, wenn man bereits selbst mit einem eigenthümlichen Haus versehen ist." Regensburg W.G.O. X. 1 „. . . Persönliche Dienstbarkeiten als da seind wenn man von etwas die völlige Nutznießung oder den bloßen Gebrauch oder auch die Wohnung hat . ." Rettenberg L.O. § 15. „Und ob unnder gemelten Geschwistergiten ein oder mer unverheurate Tochter wer, die sich erlich wie sich gepurt hielt, unnd bey oder in dem Haußgesäß irer Voreltern als Vatter und Mutter ir Wonung zehaben begerte, so sollen sy bey dem Bruder, inhaber desselbigen ir Wonung gehandthapt werden, Wann sy sich aber verheurat, oder sonst unerlich handelte, soll und mag sy wie vorsteet hindan gewisen werden." Das Preußische Landrecht erwähnt das Wohnungsrecht nicht besonders, es ist unter dem Recht zum Gebrauch nach Nothdurft begriffen Koch, Pr. P.R. § 328, 10. Dieß ist Erk. Wolfenbüttel 18/4 1876 Sf. XXXII. 23 auch für das gemeine Recht angenommen

[8] Kreittmayr, Anm. d zu Bayr. L.R. II. 9. 12.

[9] Das nach römischem Recht oben Note 5 begründete Recht der Vermie-

nach Verhältniß seines Nutzungsrechts zum Unterhalt der Sache beizutragen[10], und hat Caution zu leisten[11]. Für den Verlust durch Nichtgebrauch gelten die allgemeinen Grundsätze[12].

Nach B.G.B. kann ein Wohnungsrecht als beschränkt persönliche Dienstbarkeit bestellt werden.

§ 177a.

IV. Die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten des B.G.B.

Der Inhalt einer Grunddienstbarkeit kann auch den Inhalt einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit bilden. Die beschränkt persönliche Dienstbarkeit hat mit der Grunddienstbarkeit auch gemein, daß sie nur an Grundstücken und diesen gleichbehandelten Rechten bestellt werden kann. Aus dieser Gleichartigkeit des Inhalts folgt, daß die Bestimmungen über die Grunddienstbarkeiten auf die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten entsprechende Anwendung zu finden haben[2], soweit sich nicht aus der Natur der Persönlichkeit der Dienstbarkeit ein Anderes ergiebt[3]. Kraft dieser

---

thung wird gemeinrechtlich und in unseren Statuten nicht mehr anerkannt Erk. Celle 3/6 1863 Sf. XX. 236; Wolfenbüttel 18/4 1876 Sf XXXII. 23; Kreittmayr, Anm. c zu Bayr. L.R. II. 9. 12.

[10] Glück, Commentar IX. 469, 63; C.

[11] l. 5 § 3 D. 7. 9.

[12] Gemeinrechtlich ist bei dem Wohnungsrecht Erlöschen durch Nichtgebrauch ausgeschlossen. Dieß ist indessen in mehreren Landesrechten nicht anerkannt Kreittmayr, Anm. b. c. zu Bayr. L.R. II. 9. 12: „Der Unterschied zwischen der Servitus usus et habitationis bestehet de jure communi Erstlich darin, daß man vermög der letzteren die Wohnung nicht nur selbst gebrauchen sondern solche auch anderen überlassen kann, welches hingegen vermög der ersten nicht weiter erlaubt ist, als daß Usuarius höchstens einen Gast oder Inquilinum zu sich in das Haus nehmen darf . . . . Zweitens erlöscht auch gegenwärtige Servitut per non usum aut mortem civilem nicht so, wie usus et ususfructus . . . . . Da nun aber dieser doppelter Unterschied auf bloßen römischen Spitzfindigkeiten beruhet, so gehet unser Codex billich darüber hinaus, und erkennt keine andere Differenz, als daß in servitute habitationis der Gebrauch lediglich auf die Wohnung eingeschränkt ist."

[1] §§ 1090—1092 B.G.B.; R.T.B. §§ 1073—1076; II. E. 999—1002: I. E. §§ 1044—1050 M. I. Bd. III. S. 566—571; Reatz S. 529, 530; Krech S. 105, 106; Jakubezky S. 262.

[2] Vgl. schon oben § 168, 2, 10.

[3] Anwendbar sind die §§ 1020—1024, 1026—1029 B.G.B. Nicht § 1019

Eigenschaft hat die beschränkt persönliche Dienstbarkeit mit dem Nießbrauch gemein, daß sie mit dem Tode des Berechtigten oder, als einer juristischen Person zustehend, mit dieser erlischt und nicht übertragbar ist [4]; die Uebertragbarkeit der Ausübung ist insoferne noch beschränkter als beim Nießbrauch, als sie zur Ausübung nur dann einem Anderen überlassen werden kann, wenn dieß besonders gestattet ist [5]. Von der Grunddienstbarkeit und dem Nießbrauch unterscheidet sie sich hinsichtlich ihres Umfangs; dieser bestimmt sich bei ihr im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten [6].

Abweichend hievon ist das Wohnungsrecht als beschränkt persönliche Dienstbarkeit [7] nicht nach den Grundsätzen über die Grunddienstbarkeiten, sondern im wesentlichen nach den Nießbrauchsregeln behandelt [8]. Als beschränkt persönliche Dienstbarkeit kann nämlich auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Theil eines Gebäudes unter Ausschluß des Eigenthümers als Wohnung zu benutzen. Der Berechtigte ist hier befugt, auch seine Familie sowie die zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen [9]. Auch darf er, wenn das

---

wegen § 1091, nicht § 1025 B.G.B. über die Rechtsfolgen der Theilung des Grundstücks des Berechtigten wegen der Persönlichkeit der Dienstbarkeit.

4 § 1090 II, § 1061 B.G.B.

5 § 1092 im Vergleich mit § 1059 B.G.B.

6 § 1093 B.G.B. — Anwendbar sind von den Nießbrauchsregeln die §§ 1031 (Erstreckung des Wohnungsrechts auf das Zubehör), 1034 (Feststellung des Zustandes des Gebäudes), 1036 (Besitzberechtigung), 1036, 1037 I, 1041 (Erhaltung des Gebäudes in seinem wirthschaftlichen Zustande), 1042 (Anzeigepflicht), 1044 (Vornahme von Ausbesserungen durch den Eigenthümer), 1049 (Ersatzpflicht des Eigenthümers für Verwendungen und ius tollendi des Wohnungsberechtigten), 1050 (Vertretung von Veränderungen), 1057 (Verjährung der gegenseitigen Ersatzansprüche und des ius tollendi), 1062 (Erstreckung der rechtsgeschäftlichen Aufhebung auf das Zubehör) B.G.B.

7 Im Gegensatz zum obligatorischen Recht der Miethe und Pacht §§ 535—597 B.G.B. Der Unterschied, der sich aus der Dinglichkeit des Wohnungsrechtes und dem obligatorischen Charakter der Miethe oder Pacht ergiebt, besteht vor Allem darin, daß Miethe und Pacht nicht in das Grundbuch eingetragen werden können und nicht dem Oeffentlichkeitsprinzip des Grundbuchrechtes unterliegen, das Wohnungsrecht aber sowohl dem Eintragungs- als Oeffentlichkeitsprinzip des Grundbuchrechtes unterstellt ist. §§ 873, 892, 893 B.G.B. Vgl. dazu oben § 128, 18.

8 § 1091 im Vergleich mit §§ 1019 und 1030 B.G.B.

9 § 1093 II abweichend von § 1091 B.G.B.

Recht nur auf einen Theil des Gebäudes beschränkt ist, doch die zum gemeinschaftlichen Gebrauche der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitbenützen [10].

Die Grunddienstbarkeiten [1].

§ 178.

Allgemeines.

Grunddienstbarkeiten sind diejenigen Dienstbarkeiten, die einem Grundstück (praedium serviens) zu Gunsten eines andern Grundstücks (praedium dominans) auferlegt sind [2]. Das berechtigte Subjekt ist der jedesmalige Eigenthümer des herrschenden Grundstücks [3]. Sie haben für dieses die Bedeutung einer Erweiterung des Eigenthums und daher eine Werthserhöhung, für das dienende Grundstück die Bedeutung einer Beschränkung des Eigenthums und daher einer Werthsverminderung [4]. Die Zahl der Grunddienstbarkeiten

[10] z. B. Treppen § 1093 III B.G.B.

[1] B.G.B. §§ 1018—1029; R.T.B. §§ 1002—1012; II. E. §§ 929—939; I. E. §§ 966—979; D. S. 206—208; M. I. Bd. III. S. 478—492; R.T.Comm.Ber. S. 74, 75; Reatz S. 502—506; Krech S. 96–100; Jakubezky S. 254—257.

[2] § 2 Instr. 2. 3; l. 12 D. 8. 4; l. 20 § 1 D. 41. 1; Bayr. L.R. II. 7. 1 Nr. 5. „Realis oder eine Grunddienstbarkeit wenn man selbe auf fremden Gut von seines daranstoßenden oder in gewissen Maaß benachbarten Guts wegen hergebracht hat; gestalten das letztere in dieser Absicht praedium dominans und das fremde serviens benamset wird." Pr. L.R. I. 22. 12. „Kommt dergleichen Befugniß einem Grundstück gegen das andere zu, so wird solches eine Grundgerechtigkeit genannt." B. G. B. § 1018: „Ein Grundstück kann zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, daß dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder daß auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigenthum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergiebt."

[3] Elvers, Servituten 95. Eine andere Ansicht will das Grundstück als Rechtssubjekt personificiren Böcking, Pandekten § 57, 10; Seuffert, Pandekten § 161, 2a; Erk. Jena 1/3 1861 Sf. XXIV. 218; s. dagegen Windscheid § 201, 6; Dernburg § 238, 6.

[4] l. 5 § 9 D. 39. 1; l. 86 D. 50. 16; Elvers, Servituten 138; Windscheid § 209, 2. 3.

ist nicht bestimmt [5]. Man unterscheidet die Grunddienstbarkeiten in Haus- und Felddienstbarkeiten (servitutes urbanae, rusticae) [6], ohne daß über die Bedeutung dieser Unterscheidung Uebereinstimmung herrschte [7]. Für die Grunddienstbarkeiten gelten folgende allgemeine Grundsätze:

1. Grunddienstbarkeiten setzen ein herrschendes und dienendes Grundstück voraus; sie können daher nicht für eine Person als berechtigtes Subjekt bestellt werden [8]. Nach römischem Recht ist überdieß erforderlich, daß die Grundstücke benachbart seien [9]. Wenn

---

[5] Elvers, Servituten § 15; Windscheid § 210; Erk. Jena 4/1 1825 Sf. X. 16. In Bayern ist die Errichtung neuer Forstdienstbarkeiten verboten. Vgl. unten § 182.

[6] l. 1 D. 8. 1; Bayr. L.R. II. 7. 2 Nr. 7. Das Preußische Landrecht hat die Unterscheidung nicht vollständig durchgeführt, indem es L.R. I. 22. 55. 61 die Grundgerechtigkeiten an Gebäuden zusammenstellt, die übrigen aber nicht als ländliche Grundgerechtigkeiten zusammenfaßt Förster Eccius § 185, 23. Ueber die Unterscheidung der Grundstücke in praedia urbana und rustica vgl. oben § 50, 16. Das B.G.B. kennt diese Unterscheidung überhaupt nicht.

[7] Vgl. Windscheid § 210, 2. Nach der einen Ansicht ist bestimmend die Eigenschaft des herrschenden Grundstücks Arndts § 184 Anm. 3; Seuffert, Pandekten § 161, 3; Brinz, Pandekten (2) § 189; Kindervater, Eintheilung der Servituten in Bekker, Jahrb. VI. 119; Dernburg § 239, 4; nach der andern Ansicht die des dienenden Grundstücks s. die bei Glück, Commentar IX. 22. 59 Citirten; dieß ist die Stellung von Bayr. L.R. II. 8. 1 „Bei Unterscheidung der Haus- und Feld-Dienstbarkeiten soll weder auf die Lag und den Ort noch den Zweck und Gebrauch derselben gesehen werden, sondern wenn einer auf des anderen Haus, Stadel, Stallung oder anderen dergleichen Gebäu eine Dienstbarkeit hat, so heißt es eine Hausdienstbarkeit (Servitus urbana), die auf Grundstücken, Aeckern, Wiesen, Gärten, Holzwachs, Wasser und Weyern hergebrachte Dienstbarkeiten aber werden Felddienstbarkeiten (Servitutes rusticae) genannt," und Pr. L.R. I. 22. 55. Nach einer dritten Ansicht soll nur der Inhalt der Servitut entscheiden, und es sollen Servitutes urbanae diejenigen sein, die ein Recht auf ein habere enthalten, rusticae die ein Recht zu einem facere geben Vangerow § 339 Anm. II. Der Unterscheidung wird noch jetzt für die erlöschende Verjährung der Servituten Bedeutung beigelegt vgl. oben § 170, 41. Jede praktische Bedeutung sprechen der Unterscheidung ab Elvers, Servituten 384.

[8] Ist der Inhalt einer Grunddienstbarkeit einer Person als berechtigtem Subjekt gewährt, so entsteht eine sog. irreguläre Personalservitut (oder nach B.G.B. beschränkt persönliche Dienstbarkeit), die als Personalservitut zu beurtheilen ist vgl. oben § 172, 4. Bei Grunddienstbarkeiten, die einer Gemeinde bestellt sind, wird von Manchen die Gemeindemarkung als herrschendes Grundstück fingirt Erk. Jena 21/1 1851 Sf. XXI. 95; Darmstadt

dieß auch nicht dahin auszulegen ist, daß das unmittelbare Angrenzen beider Grundstücke als nothwendige Voraussetzung erscheint [10], so erhellt doch aus den Quellen, daß das römische Recht auf die Lage größeres Gewicht legte, als dieß nach unserem jetzigen Recht der Fall ist [11]. Soweit nicht die Natur der Servitut das unmittelbare Angrenzen beider Grundstücke nothwendig macht [12], kommt nach dem jetzt geltenden Recht auf die Lage nichts an [13].

2. Die Grunddienstbarkeit muß dem Berechtigten als Eigenthümer des herrschenden Grundstücks Vortheil gewähren [14], und

---

21/3 1871 Sf. XXVI. 41. Eine andere Ansicht geht dahin, es gebe nach Deutschem Recht Grunddienstbarkeiten ohne herrschendes Grundstück vgl. oben § 172, 4.

[9] l. 5 § 1 D. 8. 3.

[10] Windscheid § 209, 9; Erk. Celle 25/10 1863 Sf. XXI. 210; München 22/6 1874 Sf. XXXI. 15. Die gewöhnliche Meinung geht dahin, das Verhältniß der beiden Grundstücke müsse ein solches sein, daß die Ausübung der Servitut auf dem dienenden Grundstück dem herrschenden ein Interesse gewähre Elvers, Servituten 167; Vangerow § 340 Anm. 1. 2; Windscheid § 209, 9; Dernburg § 240, 12; Förster Eccius § 185, 58.

[11] Die in l. 5. D. 8. 3 angeführten Beispiele lassen den von dem unseren abweichenden Standpunkt der Römer erkennen. Niemand wird jetzt daran denken, für derartige Dienstbarkeiten die freie Vereinbarung beschränken zu wollen. Ob die weite Entfernung des dienenden Grundstücks das Recht des Kreidegrabens für das herrschende Grundstück werthlos mache, wird nach unserer Anschauung nur der Berechtigte zu beurtheilen haben.

[12] Dieß ist z. B. der Fall bei der Servitus oneris ferendi und tigni immittendi unten § 184, 45 ff.

[13] Kreittmayr, Anm. 3c zu L.R. II. 7. 2. „Nach römischen Recht müssen sie ferner entweder gar zusammenstoßen, oder doch wenigstens so nahe gelegen sein, daß man von einem Praedio auf das andere sehen kann, ... diese römische Subtilität aber ist nicht mehr in usu, ... und man nimmt die Nachbarschaft in einer solchen Latitudine, daß hierunter eben nicht die zusammstoßend oder noch beisamm liegende Güter allein, sondern auch all übrige darunter verstanden werden, welche, ob sie schon weit von einander entfernet seynd, gleichwohl einander nützlich sein können, und nichts dazwischen liegt, was den usum Servitutis verhindern mag, vicinitas enim non ex contiguitate vel continentia sed ex usu et aptitudine hic aestimatur". So auch nach B G.B. Bei den Weide- und Forstdienstbarkeiten kommt die Lage der beiderseitigen Grundstücke überhaupt nicht in Betracht Erk. München 24/10 1854 Bl. XXI. 228.

[14] l. 15 pr. D. 8. 1; Windscheid § 209, 5; Dernburg § 240, 2; Vangerow § 338 Anm. 2. 4; Kreittmayr, Anm. c. zu L.R. II. 7. 2 Nr. 1; Pr. L.R. I. 22. 25; Förster Eccius § 185, 37. B. G. B. § 1019.

dieser Vortheil darf nicht von vorübergehender Natur sein [15]. Als Vortheil erscheint aber nicht nur, was die Nutzbarkeit des Grundstücks erhöht, sondern auch was nur zur Annehmlichkeit dient [16].

3. Die Grunddienstbarkeit kann bestimmt oder unbestimmt sein. Bei unbestimmten Dienstbarkeiten entscheidet über den Umfang das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks [17], und es darf daher die Ausübung der Servitut nicht zum Vortheil Dritter geschehen [18].

---

[15] l. 28 D. 8. 2; Windscheid § 209, 8; Vangerow § 340, Anm. 1. 3; Kreittmayr, Anm. 1 c zu L.R. II. 8. 12. Es ist eine Servitut an einer Cisterne Erk. München 29|12 1879 Sf. XXXV. 188, an einem Wassertrog Erk. Berlin 17|11 1871 Sf. XXVI. 109 und an Grundwasser Sammlung VIII. 63 zulässig, überhaupt an Wasser, das auf das dienende Grundstück von Natur fließt oder dort in einem Brunnen gefaßt ist: Erk. Dresden 2/3 1887 Sf. XLIII. 7. Gegen das Erforderniß der causa perpetua erklärt sich Schmidt in Bekker, Jahrb. III. 261, 28; Dernburg § 240, 18; s. dagegen Windscheid § 209, 8. Für das Preußische Recht wird das Erforderniß nicht anerkannt Förster Eccius § 185, 42; Dernburg, Pr. P.R. I. § 292, 6; Samml. XII. 542; ebenso nicht nach B.G.B.; vgl. dazu M. I. Bd. III. S. 482.

[16] l. 3 pr. D. 43. 20; Windscheid § 209, 6; Dernburg § 240, 3; Arndts § 183 Nr. 1; Erk. Dresden 29|6 1863 Sf. XVII. 212; Kreittmayr, Anm. d zu L.R. II. 7. 1: „Was nur zur Lustbarkeit Recreation und Ergötzung taugt, sehen zwar die Römische Rechtsgelehrte als Erz-Stoici mehr für schädlich als nützlich an, ließen sohin weder im Spacierengehen noch in Früchten und Blumen brocken oder anderen dergleichen Rebus merae voluptatis eine Dienstbarkeit zu, ... gleichwie sie aber selbst keine Engel sondern mit fleischlichen Affekten begabte Menschen wie all andere waren, so milderten sie auch diese Stoische scharfe Lehrart mit der Distinction inter voluptatem et amoenitatem, und machten der letzteren halber einen Absatz . . . Heut zu Tag wird nicht nur das was eintragt sondern auch was zur Commodität Bequemlichkeit oder bloßen Diversion dient, hierinfalls für nutzbar geachtet, folglich auf obige Römische Rechts-Subtilität gar nicht mehr gesehen." Dieß gilt auch nach Preußischem Recht Förster Eccius § 185, 39.

[17] l. 5 § 1 D. 8. 3; Windscheid § 209, 10; Vangerow § 340, Anm. I. 1; Erk. Berlin 20/2 1851 Sf. V. 142. Doch ist dieß bestritten; vgl. Dernburg § 240, 8. Bei Veränderung der Bewirthschaftung oder Vergrößerung des herrschenden Grundstücks ist nur der ursprüngliche Bedarf maßgebend Elvers, Servituten 212; Erk. Dresden 12|11 1862 Sf. XVII. 215; Cassel 20/3 1866 Sf. XX. 16. Vgl. unten § 182, 15. Servituten, welche dem Berechtigten die ausschließliche, nicht auf seinen Bedarf beschränkte Ausbeutung einer Grundfläche gewähren, sind als Personalservituten aufzufassen, vgl. unten § 183, 7. Entscheidend ist das Bedürfniß nur des herrschenden Grundstücks. Andere Grundstücke, welche der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks gleichfalls besitzt, kommen nicht in Betracht Erk. R.G. 24/3 1880 Sammlg. I. 121.

Nach B.G.B. kann der Inhalt der Grunddienstbarkeit nicht weiter erstreckt werden, als sie für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vortheil bietet [19].

4. Der Berechtigte kann alle Handlungen vornehmen, die zur Ausübung seiner Servitut erforderlich sind [20], namentlich kann er alle nothwendigen Veranstaltungen auf eigene Kosten treffen [21]. Doch ist er verpflichtet, bei Ausübung der Servitut mit schonender Rücksicht zu verfahren [22] (civiliter uti) und den dabei sich ergebenden Schaden zu ersetzen [23]. Die Servitut haftet zwar auf dem ganzen Grundstück, doch ist sie, wenn zur Ausübung derselben nicht das ganze Grundstück erforderlich ist, thunlichst zu beschränken [24]. Nach Preußischem Recht ist eine Grundgerechtigkeit, welche ohne Nachtheil des Berechtigten auf einen bestimmten Theil des belasteten Grundstücks ausgeübt werden kann, auf diesen zu beschränken [25].

---

[18] l. 6 pr. D. 8. 3; Seuffert, Pandekten § 162, 8; Arndts § 183 Nr. 3; Kreittmayr, Anm. 2c zu L.R. II. 7. 6; Pr. L.R. I. 22. 237.

[19] § 1019 B.G.B.

[20] l. 10 D. 8. 1; Vangerow § 340, Anm. 2. 5; Erk. Lübeck 31|10 1848 Sf. XV. 103; Jena 18/7 1856 Sf. XV. 104; Berlin 3|12 1878 Sf. XXXIV. 280; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 3: „Ist der Eigenthümer des praedii dominantis auf eigne Kosten in praedio serviente alles zu thun befugt, was zur Ausübung seiner Gerechtsame vonnöten ist."

[21] l. 11 pr. D. 8. 4; Kreittmayr, Anm. 2a zu Bayr. L.R. II. 7. 6; Erk. München 8/4 1863 Sf. XVII. 9; 11/5 1875 Sammlg. V. 239; Dresden 26/10 1860 Sf. XVI. 14; Darmstadt 31/8 1866 Sf. XXI. 214; Pr. L.R. I. 22. 32; Förster Eccius § 187. 74. Die Herstellung der Vorrichtungen und Instandhaltung liegt regelmäßig dem Berechtigten ob; Erk. Celle 26/3 1895 Sf. LI. 12. Doch kann auf Grund besonderer Festsetzung auch eine Verpflichtung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks begründet sein unten Note 34.

[22] l. 9 D. 8. 1; Windscheid § 209, 11; Dernburg § 237, 7; Arndts § 183 Nr. 4; Kreittmayr, Anm. 2b zu L.R. II. 7. 6; Erk. Wiesbaden 24/7 1863 Sf. XVIII. 16; Lübeck 27/3 1877 Sf. XXXIII. 290; Sammlg. V. 37; Pr. L.R. I. 22. 47. 80. 81; Förster Eccius § 183, 74. B.G.B. § 1020: „Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigenthümers des belasteten Grundstücks thunlichst zu schonen."

[23] Erk. Dresden 1851 Sf. VI. 7; 20/10 1860 Sf. XVI. 14; Bl. XX. 366; Pr. L.R. I. 22. 85. B.G.B. §§ 823 ff.

[24] Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 2; Erk. Berlin 1875 Sf. XXXI. 117. Eine Verlegung auf ein anderes Grundstück braucht sich indessen der Berechtigte nicht gefallen zu lassen Erk. Berlin 25|4 1854 Sf. X. 15; Darmstadt 24/8 1875 Sf. XXXI. 118.

[25] Pr. L.R. I. 22. 29; Förster Eccius § 185, 80. Eine Verlegung auf

Nach B.G.B. [26] **kann der Eigenthümer, wenn sich die jeweilige Ausübung nur auf einen Theil des belasteten Grundstücks erstreckt** [27]**, die Verlegung der Ausübung auf eine andere, für den Berechtigten ebenso geeignete Stelle auf seine Kosten verlangen, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich ist; das Recht auf die Verlegung kann durch Rechtsgeschäft weder beschränkt noch ausgeschlossen werden.** Der Berechtigte kann auch zu Gegenleistungen verpflichtet sein, ohne daß die Natur der Servitut dadurch eine Veränderung erleidet [28].

5. Der Eigenthümer muß zwar alle Verfügungen unterlassen, durch welche die Ausübung der Servitut beeinträchtigt wird [29], aber er darf nicht nur alle Verfügungen treffen, welche diese Ausübung nicht hindern [30], sondern er darf auch soweit die Natur der Servitut die gleichartige Benützung der dienenden Sache durch den Eigenthümer zuläßt [31], wenn nicht das Gegentheil bestimmt ist, den Inhalt der Servitut in Konkurrenz mit dem Berechtigten ausüben [32], jedoch nur insoferne gleichzeitige Ausübung möglich ist [33].

---

ein anderes Grundstück kann der Verpflichtete nicht verlangen Förster Eccius § 185, 81.

[26] § 1023 B.G.B.

[27] Auch wenn der Theil des Grundstücks, auf den sich die Ausübung beschränkt, durch Rechtsgeschäft bestimmt ist.

[28] Erk. München 5/5 1866 Sf. XX. 109; Stobbe, P.R. § 97, 12. Solche Gegenleistungen finden sich namentlich beim Weiderecht unten § 179 und bei den Forstdienstbarkeiten unten § 182. Solche Gegenleistungen können auch die Natur der Reallasten haben Müller, Reallasten § 1, 33.

[29] l. 13 § 1 D. 8. 3; l. 9 pr. D. 8. 5; Arndts § 183 Nr. 5; Seuffert, Pandekten § 162, 12; Erk. Wolfenbüttel 1841 Sf. XVII. 10; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 5: „Darf der Eigenthümer auf seinem Grund nichts bauen oder sonst vornehmen, wodurch dem anderen sein Dienstbarkeitsrecht zum Theil oder ganz benommen geschmälert oder erschwert wird, was er aber zu seinen Nutzen hierauf bauet oder macht, ohne daß es dem anderen Schaden thuet, sondern die Dienstbarkeit ohngeachtet dessen der Notdurft nach gebraucht werden mag, das kann und soll man ihm auch nicht verwehren."

[30] l. 15 D. 8. 4; Windscheid § 209, 12. 14; Arndts § 183 Nr. 5; Erk. Jena 23/7 1829 Sf. IV. 14; Lübeck 14/4 1857 Sf. XIV. 210; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 5; Bl. XVIII. 29.

[31] Es ist dieß nur der Fall bei den Servitutes faciendi Vangerow § 340 Anm. 2. 4; Sintenis, C.R. § 57, 14.

[32] Windscheid § 209, 13; Seuffert, Pandekten § 162, 14. 15; Pr. L.R.

Zur Instandhaltung des dienenden Grundstücks ist der Eigenthümer nur in Folge besonderer Festsetzung verpflichtet[34].

6. Die Grunddienstbarkeit ist in der Art unzertrennlich mit dem Grundstück verbunden, daß sie ohne dieses nicht veräußert[35] werden können und daß auch die Ausübung nicht von dem herrschenden Grund=

I. 22. 36. Nach Pr. L.R. I. 22. 36 hat der Eigenthümer des dienenden Grundstücks in diesem Fall zu den Unterhaltungskosten verhältnißmäßig beizutragen.

[33] Ist gleichzeitige Ausübung nicht möglich, so muß der Eigenthümer zurückstehen Vangerow § 341, Anm. 2. 4; Windscheid § 209, 13; Erk. d. R.G. 25|3 1889 Sf. Arch. XLV. 169; Kreittmayr, Anm. 3c zu L.R. II. 7. 6: „Hieraus resolvirt sich die Quästion von selbst, ob und wie weit sich Proprietarius des Mitgebrauchs in Praedio serviente anmaßen oder solchen auch anderen überlassen darf, nemlich soweit als es Domino Praedii dominantis an seinem Servitutsrecht keinen Schaden und Abbruch thut, sondern demungeachtet für seinen nothdürftigen Gebrauch annoch genug übrig bleibt, ... wann gleich keine Reservation deswegen geschehen, oder der Mitgebrauch die längste Zeit unterlassen worden ist, ... ja es wollen sogar die Autores auf dem Fall, wenn Praedium serviens für beide nicht erklecklich ist, den Proprietarium wo nicht präferiren doch wenigst gleich halten, ... womit jedoch unser Codex weder hier Nr. 5 noch Cap. seq. 8 § 13. Nr. 5 einstimmig ist, sondern Proprietarium vel Dominum Praedii servientis andergestalt nicht als soweit es ohne Abbruch und Schmälerung der Dienstbarkeit geschehen kann coadmittirt." Dieß findet namentlich Anwendung beim Weiderecht unten § 179, 40.

[34] Gemeinrechtlich und nach B.G.B. § 1022 ist dieß nur bei der Servitus oneris ferendi gesetzlich begründet unten § 184, nach Preußischem Recht auch bei der Servitus tigni immittendi unten § 184. Nach Preußischem Landrecht I 22. 35 hat der Eigenthümer der dienenden Sache, der eine Servitut daran durch Vertrag gegen Entgelt bestellt hat, diese so in Stand zu halten, daß die Servitut ausgeübt werden kann Förster Eccius § 187, 75. Daß eine solche Verpflichtung vertragsmäßig übernommen werden könne, ist jetzt allgemein anerkannt, vgl. oben § 168, 23 und im B.G.B. § 1021 sowohl zu Ungunsten des Eigenthümers als des Berechtigten bezüglich Anlagen auf dem belasteten Grundstücke ausdrücklich ausgesprochen. Die Unterhaltungspflicht ist nach den Regeln der Reallasten zu beurtheilen: § 1021^{II}, 1105 ff. B.G.B.

[35] l. 36 D. 8. 3; Windscheid § 209, 1; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 1. „Erwachset hieraus ein jus reale, welches sowohl auf dem Praedio dominante als serviente dergestalt haftet, daß es mit denen Gütern und deren Anwachs sowohl active als passive auf jeden Innhaber mitfortgehet." Dieß nimmt auch für das Preußische Recht an Förster Eccius § 185, 60. A. M. Korte bei Gruchot I. 402 für Landservituten und Dernburg, Pr. P.R. I. § 294, 10 für Gerechtigkeiten, die eine bestimmte Fruchtnutzung gewähren.

stück getrennt werden kann[36]. Sie geht daher mit dem veräußerten Grundstück von selbst auf jeden neuen Erwerber über[37].

7. Die Grunddienstbarkeiten sind untheilbar, sie können theilweise weder erworben noch verloren werden[38]. Wird das herrschende Grundstück getheilt, so besteht die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Theile fort: die Ausübung ist jedoch im Zweifel nur in der Weise zulässig, daß sie für den Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird; gereicht die Dienstbarkeit aber nur einem der Theile zum Vortheile, so erlischt sie für die übrigen Theile[39]. Wird das dienende Grundstück getheilt, so werden nur solche Theile von der Dienstbarkeit frei, welche außerhalb des Bereiches der Ausübung liegen[40]. Miteigenthümer können eine Grunddienstbarkeit nur gemeinsam auf die gemeinsame Sache auflegen und für dieselbe erwerben[41]. Ein Miteigenthümer kann gemeinrechtlich für ein in seinem Alleineigenthum stehendes Grundstück eine Grunddienstbarkeit an der gemeinsamen Sache nicht erwerben[42], wohl aber bleibt sie erhalten, wenn sie schon vor Entstehung des Miteigenthums begründet war[43]. Nach preußischem

[36] l. 24 D. 8. 3; l. 44 D. 19. 3; Windscheid § 209, 15; Dernburg § 238, 7; Kreittmayr, Anm. 2c zu L.R. II. 7. 6. Die Servitut kann daher nur mit dem Grundstück verpachtet werden l. 44 D. 19. 2; Erk. Dresden 11/12 1857 Sf. XII. 248; 16|2 1860 Sf. VIV. 12. Dieß ist nach dem Note 35 Gesagten auch für das Preußische Recht anzunehmen.

[37] l. 36 D. 8. 3; l. 20 § 1 D. 43. 1; Vangerow § 340, Anm. 2. 2; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 1.

[38] l. 8 l. 17 D. 8. 1; Windscheid § 209, 16. 17; Dernburg § 241; Vangerow § 340, Anm. 2; Bayr. L.R. II. 7. 6 Nr. 7. Dieß ist auch in der Preußischen Praxis anerkannt Förster Eccius § 185, 67.

[39] § 1025 B.G.B. Aehnlich schon nach gem. Rechte: l. 6 § 1 D. 8. 6; Windscheid, Pand.I. § 209; Dernburg § 241, 7; Samml. XIV. 805; Sf. Arch. L. 7.

[40] § 1026 B.G.B. Vgl. dazu auch Art. 120[1] E.G. z. B.G.B., der aber für Bayern in Ansehung der Grunddienstbarkeiten gegenstandslos ist. l. 6 § 1 D. 8. 6; Dernburg § 241, 10.

[41] l. 2 D. 8. 1; l. 11 l. 32 D. 8. 4; Windscheid § 312, 3. 8; Dernburg § 241, 2; Vangerow § 340, Anm. 2. 1a; Bayr. L.R. II. 7. 4 Nr. 2; Erk. Celle 5/6 1863 Sf. XXII. 19; Darmstadt 22|9 1868 Sf. XXII. 16; Berlin 15|12 1870 Sf. XXV. 121; Sammlung VIII. 27. Der gleiche Grundsatz gilt nach Preußischem Recht Förster Eccius § 185, 66 und B.G.B. § 747 (s. auch § 1009); s. oben § 137, 93; § 169, 8.

[42] l. 6 § 3 D. 8. 4; Vangerow § 340, Anm. 2. 1c; Erk. Darmstadt 22|9 1868 Sf. XXII. 216; Berlin 15/12 1870 Sf. XXV. 121; Bl. E.B. I. 415.

[43] l. 8 § 1 D. 8. 1; l. 30 § 1 D. 8. 2; Vangerow § 340, Anm. 2. 1c;

Landrecht **und B.G.B.** kann er sie aber auch erwerben [44], **ebenso wie er nach B.G.B. an dem in seinem Alleineigenthum stehenden Grundstücke auch zu Gunsten des gemeinschaftlichen Grundstückes eine Grunddienstbarkeit bestellen kann** [45].

8. Eine Eintragung der Grunddienstbarkeiten in das Hypothekenbuch findet nach Bayrischem Recht nicht statt [46]. **Nach B.G.B. ist zur Entstehung der Grunddienstbarkeiten Eintragung in das Grundbuch erforderlich** [47].

§ 179.

I. Das Hut- und Weiderecht [1].

Das römische Recht hat nur wenige Bestimmungen über das Weiderecht, woraus sich entnehmen läßt, daß dieser Dienstbarkeit keine große Bedeutung in der römischen Landwirthschaft zukam [2]; dagegen war sie in Deutschland sehr ausgebildet [3] und ist auch in dem jetzt geltenden Recht erhalten; auch in den bayrischen Statuten wurde sie näher bestimmt [4] und ist vielfach Gegenstand der Gesetz-

---

Windscheid § 209, 18; s. die Note 42 citirten Erkenntnisse und Erk. Celle 5|6 1863 Sf. XXII. 219.

[44] Förster Eccius § 185, 33; Dernburg, Pr. P.R. I. § 296, 3. A. M. Gruchot IV. 410, der dieß nach Preußischem Recht nicht für zuläßig hält.

[45] B.G.B. § 1009: Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks, sowie die Belastung eines anderen Grundstücks zu Gunsten der jeweiligen Eigenthümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das andere Grundstück einem Miteigenthümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört."

[46] § 22 Ziff. 5 Hyp.Ges. Vgl. unten § 194.

[47] § 883 B.G.G.; s. oben § 128, 22; § 169, 21.

[1] Vgl. Seuffert, Beitrag zur Lehre vom Weiderecht in Abhandlungen 1—48; Glück, Commentar X. 168; Eichhorn, P.R. § 179. 180; Mittermair, P.R. § 168; Gengler, Lehrbuch 258—268; Stobbe, P.R. § 98; Beseler, P.R. § 193; Roth, D. Pr.R. § 278; v. Gerber-Cosack § 146; Förster Eccius § 187, 114 f.; Becher § 88; v. Seydel, B.St.R. III. S. 398 ff.

[2] Elvers, Servituten 414; Windscheid § 211, 10.

[3] Ueber die geschichtliche Entwicklung vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht II. 253—260.

[4] Ansbach V. 25|6 1767 und 7|17 1779 Arnold II. 129 und 144; Hohenlohe L.R. III. 19 Arnold II. 184; Nürnberg Dekr. 28/2 1710 Sammlung

gebung gewesen[5]. Zuletzt ist durch das Gesetz über die Ausübung und Ablösung des Weiderechts auf fremdem Grund und Boden vom 28. Mai 1852[6] das Rechtsverhältniß der bereits bestehenden Servituten zwar in der Hauptsache erhalten, jedoch nicht nur die Zulässigkeit der einseitigen Ablösung ausgesprochen, sondern auch die Bestellung neuer Weiderechte als Dienstbarkeit untersagt[7]. Das Weiderecht kann auch als Personalservitut vorkommen, indem es als sog. irreguläre Personalservitut einem Einzelnen oder einer Corporation ohne Beziehung auf ein herrschendes Grundstück ertheilt wird[8]; in der Regel ist es Grundgerechtigkeit.

Die Weidegerechtigkeit ist entweder einseitig oder gegenseitig (Koppelhut)[9]. Zu der letzteren gehört nicht das Weiderecht, das einer Mehrheit von Berechtigten auf dem Grundstück eines Dritten zusteht[10]; ebensowenig das Recht der Mithut, welches regelmäßig dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks zukommt[11]; als

---

489; Weissenburg St. 1739 VI. Arnold II. 721; Fulda V. 5|3 1768 und 1|4 1771 Weber III. 1001; Bayr. L.R. II. 8. 13 und 14; Pr. L.R. I. 22. 80—145.

[5] Vgl. Roth, D. Pr.R. § 278 Nt. 4. Ueber die bayrischen Kulturmandate namentlich die von 1762, 1790 und 1808 vgl. Pözl, Commentar § 381—387.

[6] In Dollmann G.G. I. 1. 379 mit Commentar von Pözl.

[7] Weidegesetz Art. 34: „Der Eigenthümer eines Grundstücks darf fernerhin kein Weiderecht als Dienstbarkeit bestellen und ebensowenig bei Veräußerung von Grundstücken ein Weiderecht vorbehalten.“ Hiebei bleibt es auch nach B.G.B. Art. 113, 116 E.G. z. B.G.B. s. oben § 167, B. 1.

[8] Vgl. oben § 172, 5. Für eine Personalservitut erklärt es in diesem Fall Kreittmayr, Anm. 1 g zu L.R. II. 8. 13. Eine andere Ansicht hält die Weiderechte der Gemeinden auf den Grundstücken der Gemeindeangehörigen für gewöhnliche Prädialservituten, deren praedium dominans die Gemeindemarkung sei, oder für deutschrechtliche Grundgerechtigkeiten ohne herrschendes Grundstück oben § 172, 5.

[9] Mittermair, P.R. § 169; Stobbe, P.R. § 98, 28.

[10] Man bezeichnet dieses als jus compascui Eichhorn, P.R. § 179, IV., der Sprachgebrauch ist aber nicht bestimmt; so bezeichnet Mittermair, P.R. § 169, 2 und Pr. L.R. I. 22. 133 dasselbe als Koppelhut. Unter diesen Gesichtspunkt fällt das Recht der Gemeindeglieder zur Ausübung der Weide auf Gemeindegrundstücken, das man auch als jus compasculationis bezeichnet Eichhorn, P.R. § 179 III.; Beseler, P.R. § 193, 10. Bayr. L.R. II. 8. 14 ist dieß jus compascui genannt.

[11] Vgl. unten Note 55. Man bezeichnet dieses als jus compascendi; es ist aber nicht gerechtfertigt, dasselbe zur Koppelhut zur rechnen Beseler, P.R. § 193, 11.

Koppelhut erscheint vielmehr nur das Verhältniß, bei welchem mehrere Eigenthümer ein gegenseitiges Weiderecht auf ihren Grundstücken haben[12], und zwar entweder in der Art, daß eine Gemeinschaft von Grundeigenthümern das Weiderecht auf einem und demselben, den Grundbesitz jeden Theilnehmers umfassenden Inbegriff von Grundstücken auszuüben hat, oder in der Art, daß die Gemeinschaft aus den Mitgliedern einer Gemeinde und die Weidefläche aus den in der Gemeindemarkung liegenden Privatgrundstücken besteht[13]. Die Koppelhut kann auch als precarium vorkommen[14]; wo sie die Eigenschaft einer Dienstbarkeit hat, ist sie

---

[12] Man bezeichnet dieses als jus compasculationis reciprocum Eichhorn, P.R. § 179. II.; Förster Eccius § 187, 127. Glück, Commentar X. 184 und Mittermair, P.R. § 169. 2 nennen es servitus compascui Kreittmayr, Anm. 1c zu L.R. II. 8. 14 mutua servitus.

[13] Motive z. Weidegeſ. Abschn. III. bei Pözl, Commentar 397; Bl. XV. 122. In dem letzteren Fall ist das Mithutrecht allen Theilnehmern von selbst gegeben. Freilich setzt dieß voraus, daß der Inhalt der angesprochenen Mithut derselbe sei wie der der Koppelhut. Bl. XVII. 225 ist ausgesprochen, daß den Eigenthümern der Grundstücke einer Gemeindemarkung, denen die Koppelhut mit Rindvieh zusteht, die diese störende Mithut von Schafen auf ihren Grundstücken nicht zukomme. Stuttgart 6/6 1860 Sf. XIV. 63.

[14] Glück, Commentar X. 185; Mittermair, P.R. § 169, 6; Kreittmayr, Anm. 1d zu L.R. II. 8. 14. „Gar vielmal läßt einer den andern aus Freundschaft oder sonst ex mera familiaritate auf seinem Grund mitweiden, welches auch bei vermischt untereinander liegenden Gründen gern reciproce zu geschehen pflegt. Dieser Fall nun wird lediglich ex natura precarii beurtheilt, folglich hat auch die Widerruffung sowohl auf ein als anderer Seite alle Stund und Augenblick statt . . . . . ob man nun aber in casu familiaritatis vel mutuae servientis aut obligationis versire, infolglich die Widerruffung Platz greiffe oder nicht, darüber hat es sich insonderheit zwischen Isenburg und Frankfurt gestritten . . . . In dubio halt man billich mehr das erste als letztere dafür, sofern nicht aus dem langwierig und wenigist zehnjährigen Gebrauch oder sonst ein anderes erscheint." Pr. L.R. I. 22. 135—137. „Wenn zwischen den Besitzern angrenzender im ausschließenden Eigenthume eines jeden befindlichen Grundstücke die gemeinschaftliche Hütung auf diesen Grundstücken stattfindet, so wird dergleichen Koppelweide in der Regel als eine wechselseitige Grundgerechtigkeit angesehen. Wenn aber diese wechselseitige Hütung nicht regelmäßig und beständig auf eben demselben, sondern nur zuweilen und bald auf diesen bald auf anderen Grundstücken ausgeübt worden, so wird angenommen, daß dabei nur nachbarliche Freundschaft und Gutwilligkeit zum Grunde liege. In diesem Fall steht also jedem Interessenten frei, davon nach Gutbefinden wieder abzugehen." Pr. L.R. I. 22. 136. Früher nahm man

darauf begründet, daß jedes der betreffenden Grundstücke zugleich dienendes und herrschendes Grundstück ist [15]. Nach Bayrischem Recht werden die gegenseitigen Weidedienstbarkeiten unterschieden, je nachdem sie den einzelnen gleichartige oder ungleichartige Theilnahmsrechte gewähren. Sind die Theilnahmsrechte gleichartig, d. h. richtet sich das Recht jeden Theilnehmers nach der Größe und Beschaffenheit seines hiebei betheiligten Grundbesitzes, so kann jeder Betheiligte ohne Entschädigung aus der Gemeinschaft austreten, wodurch die Koppelhut für seine Grundstücke aktiv und passiv erlischt [16]. Sind die Theilnahmsrechte ungleichartig, so kann die Koppelhut nur unter den Voraussetzungen, welche für die einseitigen Weidedienstbarkeiten gelten, abgelöst werden [17]. Nach Bayrischem Recht wird das Weiderecht an anderen Grundstücken, nämlich Aeckern, Wiesgründen, Oedungen, Haiden und sonstigen nicht kultivirten Weideplätzen [18] von der Waldweide unterschieden, indem die letztere nach den Grundsätzen des Forstgesetzes sich richtet und das Weiderecht 28/5 1852 nur für das erstere maßgebend ist [19]. Beide müssen daher auch in der Darstellung unterschieden werden. Für das Weiderecht an Aeckern, Wiesen und Oedungen gelten nach bisherigem Rechte [20] folgende Grundsätze:

I. Inhalt. Das Weiderecht kann bestimmt oder unbestimmt sein. Als Regel gilt die Möglichkeit vertragsmäßiger Bestimmung; diese ist jedoch dadurch beschränkt, daß durch gesetzliche Anordnung

---

an, daß dafür die Präsumtion streite, es entbehrt dieß jedoch der Begründung Erk. Rostock 16|5 1863 Sf. XVIII. 118 und XXXIII. 6.

[15] Bl. XXI. 111; Pr. L.R. I. 22. 135. Eine andere Construktion macht Stobbe, P.R. § 98, 29a, indem er annimmt, die einzelnen Aecker würden als Gesammtfläche behandelt, die im getheilten Miteigenthum der einzelnen stünden, und an diesen werde die Servitut ausgeübt.

[16] Weidegesetz Art. 37. Der Austretende muß den übrigen Theilnehmern ein Triftrecht bestellen oben § 169, 44 ff. Sind die Bedingungen des Austritts oder der Bestellung des Triftrechts bestritten, so darf der Austritt erst nach richterlicher Entscheidung dieser Differenzen geschehen. Weidegesetz Art. 38.

[17] Vgl. unten Note 60.

[18] Weidegesetz Art. 6.

[19] Pözl, Comment. zum Weidegesetz 396.

[20] Nach B.G.B. unterliegt auch das Weiderecht als Dienstbarkeit den allgemeinen Grundsätzen über die Dienstbarkeiten.

der vertragsmäßigen Festsetzung gewisse Grenzen gezogen sind. Im Einzelnen ist Folgendes anzuführen:

1. Objekt. Das Weiderecht kann auf allen Aeckern, Wiesgründen, Oedungen, Haiden und anderen nicht kultivirten Weideplätzen ausgeübt werden. Unzulässig ist bei neu angelegten sowie frisch umgebauten Wiesen die Ausübung der Schafweide während der ersten drei Jahre, der Weide mit anderen Viehgattungen während der ersten fünf Jahre nach Vollendung der Anlage [21].

2. Zeit. Für die Bestimmung der Zeit, innerhalb deren die Weide geübt werden kann, ist bei Oedungen nur die Festsetzung in dem einzelnen Fall maßgebend [22]. Die Weide auf Aeckern während der Fruktifikation und auf Wiesen während ihrer Hegezeit ist allgemein verboten; es ist demnach bei diesen die geschlossene Zeit zu beobachten [23], und es kann von dieser Bestimmung weder durch Herkommen, Verjährung und darauf gegründete Titel, noch Vertrag mit dem Eigenthümer befreit werden [24]. Die Fruktifikation eines Ackers beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem derselbe mit landwirthschaftlichen Erzeugnissen bestellt wird, und schließt mit Abräumung desselben nach beendeter Ernte [25]. Daher ist bei Aeckern, welche mit perennirenden Futterkräutern bestellt sind, das Weiderecht solange ausgeschlossen, als diese Bestellung besteht [26]. Die Bestimmung der Fruktifikation steht in dem Belieben des Eigenthümers, und sie kann durch den Weideberechtigten auch dann nicht gehindert werden, wenn dadurch eine Schmälerung des ihm bisher zukommenden Weiderechts herbeigeführt wird [27]. Die Hegezeit bei Wiesen

[21] Weidegesetz Art. 2.

[22] Bl. I. 318 spricht aus, daß es bei Oedungen keine geschlossene Zeit gebe.

[23] Dieß wird auch als gemeinrechtliche Regel angenommen Mittermair, P.R. § 168, 31, Eichhorn, P.R. § 180, h. Erk. Jena 20/7 1843 Sf. VI. 157. Es entspricht dieß auch der früheren Bestimmung des Pr. L.R. I. 22. 109 f., nicht aber der des Bayr. L.R. II. 8. 13. Nr. 3, das, wenn nichts anderes ausgemacht war, die Weide jederzeit gestattete.

[24] Weidegesetz Art. 1. „Die Weide auf Aeckern, während ihrer Fruktifikation und auf Wiesen während ihrer Hegezeit ist ohne Unterschied, ob sie auf Herkommen, Verjährung und darauf gegründeten Titeln oder auf ausdrücklichen besonderen Konzessionen und Verträgen mit den Eigenthümern beruht, ohne Entschädigung aufgehoben."

[25] Weidegesetz Art. 2; Ablösungsgesetz 4/6 48 Art. 5.

[26] Pözl, Comment. 392; Bl. XVI. 196 und XXI. 431.

[27] Weidegesetz Art. 5. Es ist damit die früher zulässige Beschränkung des Anbaus der Brachfelder beseitigt. Bl. XVI. 193 f.; XV. 157.

dauert vom 1. April bis zur Abräumung der letzten Heu- oder Grummeternte [28], wodurch jedoch eine noch größere Beschränkung durch Gesetz, Lokalordnung, Herkommen oder Vertrag nicht ausgeschlossen ist [29]. Gewährt die hiernach in Anwendung kommende Hegezeit nach den in Betracht zu ziehenden Verhältnissen in einem Weidedistrikte nicht den erforderlichen Schutz, so kann auf Antrag der Mehrheit der Verpflichteten unter Ablösung des auf den Zeitraum der Erweiterung treffenden Theils der Dienstbarkeit eine erweiterte Hegezeit festgestellt werden [30].

3. Gattung. Ist die Gattung der aufzutreibenden Thiere bestimmt, so kann der Berechtigte nicht willkürlich eine andere substituiren [31]. Ist die Gattung nicht bestimmt, so kann gemeinrechtlich [32] und nach Bayrischem Landrecht [33] jede Gattung aufgetrieben werden, während nach Preußischem Landrecht bei unbestimmter Gattung die Berechtigung auf Zug-, Rind- und Schafvieh beschränkt ist [34].

---

[28] Weidegesetz Art. 2; Bl. E.B. VIII. 153.

[29] Weidegesetz Art. 4.

[30] Weidegesetz Art. 7, 1.

[31] Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 297, 1. Kreittmayr, Anm. 2 b. zu L.R. II. 8. 13. „Daferne aber nur ein gewisses Vieh bedungen oder hergebracht ist, so bleibt es auch bei selbiger Gattung allein, und kann von einer Specie auf die andere z. E. von Ochsen und Kühen auf Schaf hierinfalls nicht argumentirt werden.“ Pr. L.R. I. 22. 101. 202. gestattet dem Berechtigten Aenderung der Art nur, wenn er durch Zufall oder höhere Gewalt diese Art von Vieh an die Stelle des andern zu halten genöthigt ist.

[32] Glück, Comment. X. 172 und Mittermair, P.R. § 168, 27 wollen solche Gattungen ausschließen, welche auf den der Weiderechte unterworfenen Plätzen dem Feldbau schädlich sind.

[33] Bayr. L.R. II. 8. 13. Nr. 1: „Der Trieb- oder Blumbesuch . . . erstreckt regulariter sowohl auf Horn- als alles anderes Vieh, ausgenommen was krank und inficirt ist,“ wozu Kreittmayr, Anm. 2 a bemerkt: „Wer das Jus pascendi hat, kann regulariter sowohl das Kloh- und Horn- als all anderes Vieh auf die Weide treiben . . . . und ist dahero in Concessione generali ein so anderes zu specificiren ein bloßer Ueberfluß, qui enim omne dicit, nil excludit . . . . . Solchemnach ist auch das Bestandvieh nicht ausgenommen, sondern es wird mit demselben Fug wie das eigene geweidet.“

[34] Pr. L.R. I. 22. 99 und 100: „Stehet dem berechtigten Gute die Hütungsgerechtigkeit ohne Bestimmung einer gewissen Art des Viehes zu, so begreift sie alles Zug- Rind- und Schaf-Vieh unter sich. Schweine und andere Arten von Vieh dürfen auf eine solche Hütung nur insofern gebracht werden, als die Einräumung des Rechts sich darauf ausdrücklich mit erstreckt, oder die-

4. Zahl. Bei bestimmter Zahl darf gemeinrechtlich [35] und nach Bayrischem [36] und Preußischem Landrecht [37] das Jungvieh mitgetrieben werden. Bei unbestimmter Zahl ist der Berechtigte auf die dem landwirthschaftlichen Bedürfniß des herrschenden Grundstücks entsprechende Zahl beschränkt [38]. Namentlich entscheidet dabei der sog. Durchwinterungsfuß, indem der Berechtigte soviel Vieh auftreiben darf, als er mit dem auf dem berechtigten Grundstück gewonnenen Futter durchwintern kann [39].

II. Ausübung des Weiderechts. Der Berechtigte hat

1. nur das Recht der Weide; er darf daher keine andere Art der Benützung des dienenden Grundstücks sich anmaßen, namentlich nicht auf dem Hütungsplatz mähen [40].

2. Bestritten ist, ob der Berechtigte befugt sei, die Ausübung der Weidegerechtigkeit zu verpachten [41], und ob er sie nur mit eigenem oder auch mit gepachtetem Vieh ausüben dürfe [42].

---

selben seit rechtsverjährter Zeit darauf mit vorgetrieben werden." Koch, Pr.R. § 344, 11.

[35] Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 298 Note.

[36] Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 2: „Darf zwar die Anzahl des Viehes, sofern eine determinirt ist, ohne Bewilligung deren Interessenten nicht überschritten werden, dahingegen pflegt man aber auch das junge Vieh, welches noch kein Jahr alt ist, niemal miteinzurechnen."

[37] Pr. L.R. I. 22. 98: „Auch wenn die Anzahl des Viehes, welches der Berechtigte vertreiben darf, bestimmt ist, kann dennoch das von diesem gefallene junge Vieh, so lange es saugt, von der Hütung nicht ausgeschlossen werden."

[38] Bl. VIII. 128.

[39] Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 298. Glück, Comment. X. 173. Mittermair, Pr.R. § 168, 23. Eichhorn, P.R. § 180, d. Bl. XXXII. 213. Erk. Jena 28|6 38 Sf. VI. 14. Celle 19|12 1862 Sf. XXIV. 15; München 26|2 1867 Sf. XXI. 20. Damit stimmt auch die Vorschrift des Pr. L.R. I. 22. 90 überein, welche Bestimmung jedoch in Preußen selbst abgeändert ist, Koch, P.R. § 344, 8a. Das Bayrische Landrecht enthält keine Bestimmung. Durch Weidegesetz Art. 14 ist der Durchwinterungsfuß als allgemeine Norm anerkannt, da er hier für die Werthserhebung ungemessener Rechte zu Grund gelegt ist.

[40] Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 5: „Ist nicht erlaubt, das Gras statt der Weid abmähen zu lassen und die Gerechtigkeit auf diese oder andere Art eigenmächtiger Weise auszudehnen." Pr. L.R. I. 22. 132: „Uebrigens kann der bloß zur Hütung Berechtigte weder auf Rohr oder Schilfnutzung Anspruch machen noch sich das Mähen auf dem Hütungsrevier auf irgend eine Art anmaßen." Vgl. Mittermair, P.R. § 168, 16.

[41] Dagegen spricht sich aus: Beseler, P.R. § 193, 14; Erk. Dresden

3. Der Berechtigte darf das Weiderecht nur so ausüben, daß dem dienenden Grundstück kein Schaden erwächst[43]. Er darf daher kein krankes Vieh auftreiben[44], hat, wo Schaden zu befürchten ist, das Vieh von einem Hirten hüten zu lassen[45], und haftet für den bei Ausübung des Weiderechts entstandenen Schaden[46].

4. Eine besondere Art der Ausübung ist die Schäfereigerechtigkeit, welche die Befugniß enthält, die Schafheerde mit einem eigenen Hirten zu halten (Stabsrecht)[47]. Nach früherem Recht war die Befugniß des Schafhaltens vielfach beschränkt und theils der Gemeinde[48], theils der Gutsherrschaft oder andern Berechtigten vorbehalten[49] oder aus polizeilichen Gründen von einer Conzession abhängig gemacht[50]. Als gutsherrliches Recht hat die Schäfereigerechtigkeit im Preußischen Landrecht weitere Ausbildung erfahren[51]. Sie kann auch jetzt noch von Bedeutung sein, indem sie das Recht der Ausübung der Schafweide auf einem Gutskomplex mit Ausschluß der Mithut des Eigenthümers enthält.

5. Als Gegenleistungen des Berechtigten finden sich das Pferchrecht[52], nämlich die Verbindlichkeit des Weideberechtigten, die

11/12 1857 Sf. XII. 248. Dafür: Erk. Stuttgart 1/4 1840 Sf. III. 147; Bayern Weidegesetz Art. 14. Nach den für Prädialservituten geltenden allgemeinen Grundsätzen erscheint die erstere Ansicht als die richtige vgl. oben § 178, 33.

[42] Für zulässig erklären dieß: Glück, Commentar X. 174; Stobbe P.R. § 98, 14; Kreittmayr, Anm. 2a zu L.R. II. 8. 13 Nr. 1; Erk. München 25/2 1867 Sf. XXI. 10; für unzulässig; Mittermair, P.R. § 168, 21: Beseler, P.R. § 198, 14; Pr. L.R. I. 22. 91.

[43] Pr. L.R. I. 22. 80.

[44] Beseler, P.R. § 193, V.; Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 1; Pr. L.R. I. 22. 87.

[45] Beseler, P.R. § 193, 16; Pr. L.R. I. 22. 83. 84.

[46] Bl. XX. 366; Pr. L.R. I. 22. 80: „Wer das Recht hat, sein Vieh auf den Grundstücken eines anderen Gutes zu hüten, muß sich desselben so bedienen, daß der Eigenthümer dadurch an der Substanz der Sache keinen Schaden leide." 85: „Vernachlässigt der Berechtigte diese Obliegenheit, so haftet er für allen und jeden durch das Vieh auch nur zufällig angerichteten Schaden."

[47] Vgl. Scholz, das Schäfereirecht 1837; Buff, das Schäfereirecht 1863; Mittermair, P.R. § 170; Stobbe, P.R. § 98 B; Förster Eccius § 187, 131.

[48] Erk. Cassel 17/1 1865 Sf. XIX. 116; 31/1 1865 Sf. XIX. 16.

[49] Mittermair, P.R. § 170, 1. 2.

[50] Kreittmayr, Anm. 4 zu L.R. II. 8. 13; Förster Eccius § 187, 142.

[51] Pr. L.R. I. 22. 146—169; Förster Eccius § 187, 142.

[52] Mittermair, P.R. § 170. VI.; Beseler, P.R. § 195. 24; Stobbe, P.R.

Schafe bei Ausübung des Weiderechts auf dem Grundstück des Verpflichteten einzupferchen[53], und die Verbindlichkeit, mit den Schafen auf dem Grundstück des Verpflichteten Mittagsruhe zu halten[54].

III. Stellung des Eigenthümers. Der Eigenthümer hat:

1. das Recht der Mithut, insoferne diese nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist[55]. Reicht der Ertrag der Weide nicht aus, so hat der Eigenthümer zurückzustehen[56].

2. Bestritten ist, inwieweit der Eigenthümer durch die Weidegerechtigkeit an Kulturveränderungen gehindert sei. Der Ansicht, welche jede den bisherigen Bestand der Weideberechtigung beeinträchtigende Veränderung für verboten hält[57], steht die andere Ansicht gegenüber, wonach nur solche Handlungen zu unterlassen sind,

---

§ 98, 25; Förster Eccius § 187, 52; Erk. München 5|5 1865 Sf. XX. 109. Das Pferchrecht kann auch unabhängig von dem Weiderecht vorkommen, nämlich als Anspruch eines Grundeigenthümers, daß die Inhaber von Schafheerden diese zur Düngergewinnung auf den Grundstücken des Berechtigten einpferchen. Dieß wird theils als Reallast aufgefaßt Maurenbrecher, P.R. § 342 II.; Erk. Darmstadt 15|9 1858 Sf. XVII. 82; Stuttgart 8|9 1874 Sf. XXXII. 8, theils als Servitut Eichhorn, P.R. § 182 g.

[53] Erk. München 5|6 1866 Sf. XX. 109 faßt es als Gegenleistung oder Modalität der Ausübung des Weiderechts auf, ebenso Pr. L.R. I. 22. 157. Insofern es Gegenleistung ist, kann es auch die Eigenschaft als Reallast haben Müller, Reallasten § 1, 33 oben § 178, 28. Nur in diesem Sinn ist es in Erk. München 5|5 1866 Sf. XX. 109 als Reallast bezeichnet.

[54] Erk. München 6|5 1866 Sf. XX. 109.

[55] Glück, Commentar X. 180; Mittermair, P.R. § 138, 12; Beseler, P.R. § 193. II.; Bl. VIII. 156; Erk. München 8|11 1845 Sf. I. 407; Sammlg. IV. 154; Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 6; Pr. L.R. I. 22. 89.

[56] Windscheid § 209, 13; Stobbe, P.R. § 98, 24. Damit übereinstimmend Bayr. L.R. II. 8. 13 Nr. 6 und Kreittmayr, Anm. 3 a zu Bayr. L.R. II. 7. 6. Eine davon abweichende Meinung will dieß nur für den Fall anerkennen, daß die Stückzahl, mit der die Weide ausgeübt werden darf, bestimmt ist, während bei unbestimmter Stückzahl Servitutberechtigter und Eigenthümer gleichmäßig zu reduziren haben Glück, Commentar X. 181 f.; Seuffert, Pandekten § 162, 14. Dieß ist Pr. L.R. I. 22. 103. 104 anerkannt Förster Eccius § 187, 124, s. gegen diese Auflassung Vangerow § 340, Anm. 2, 4 und Windscheid § 209, 13, welche mit Recht hervorheben, daß dieselbe dem Wesen der Servitut widerspricht.

[57] Beseler, P.R. § 193, 5; Pfeiffer in Z. f. D. R. XIII. 177; Erk. Wolfenbüttel 1841 Sf. XVII. 10; Bayr. L.R. II. 8. 23 Nr. 7.

wodurch die Ausübung der Weidegerechtigkeit ganz beseitigt oder dauernd vermindert wird [58]; letztere Ansicht hat in der neueren Rechtsentwicklung Anerkennung gefunden [59].

IV. Ablösung. Durch das Weiderecht 28/5 1852 sind die einseitigen Weiderechte und die gegenseitigen Weidedienstbarkeiten mit verhältnißmäßig ungleichartigen Theilnahmsrechten [60] für ablösbar erklärt. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

1. Die Ablösung findet regelmäßig nur bei Weiderechten statt, die sich auf einen ganzen Weidedistrikt erstrecken [61]. Ablösung durch einen einzelnen Besitzer ist nur zulässig für Wiesen, die mit künstlichen Wässerungseinrichtungen versehen sind, dann bei nassen oder durchbrüchigen Wiesen [62].

2. Die Ablösung erstreckt sich auf das Weiderecht als Ganzes. Theilweise Ablösung tritt nur ein, wenn die gesetzliche Hegezeit der Wiesen auf Antrag der Pflichtigen erweitert wird, für den auf den Zeitraum der Erweiterung treffenden Theil der Weidedienstbarkeit [63].

3. Für die einseitige Ablösung der Weidedienstbarkeiten ist ein besonderes Verfahren angeordnet [64]. Diese kann nur von dem Pflichtigen verlangt werden. Bei Ablösung der Weiderechte in

---

[58] Mittermair, P.R. § 168, 17; Stobbe, P.R. § 98, 17; Erk. Darmstadt 8|9 1855 Sf. XII. 128; Cassel 1862 Sf. XV. 203; Rostock 16|5 1863 Sf. XVII. 119; Berlin 13|11 1863 Sf. XXI. 22.

[59] Pr. L.R. I. 20. 80. 81; Förster Eccius § 187, 115; Bayern Weidegesetz Art. 5. In Bezug auf landwirthschaftliche Arbeiten und Unternehmungen, mittelst deren die Weidepflichtigen den bisherigen Stand der Kultur ihres Bodens zu erhöhen oder auszudehnen beabsichtigten, steht dem Weideberechtigten ein Anspruchsrecht selbst in dem Falle nicht zu, wenn hiedurch die bis dahin bestandene Fruktifikations- oder Hegezeit eine den Ertrag des Weiderechtes schmälernde Erweiterung, sei es in irgend einer Beziehung, erhält."

[60] Weidegesetz Art. 6 und 39. Die gegenseitigen Weiderechte mit gleichartigen Theilnahmsrechten bedürfen der Ablösung nicht, da jeder Betheiligte einseitig austreten kann vgl. oben Note 16; Becher § 88, II. 2.

[61] Weidegesetz Art. 6 und 39.

[62] Weidegesetz Art. 7, 2 und 39.

[63] Weidegesetz Art. 7 vgl. oben Note 30.

[64] Weidegesetz Art. 47—64. Zuständig sind die Verwaltungsbehörden, wobei jedoch in den Art. 48 genannten Fällen das Verfahren von vorhergehender rechtskräftiger Entscheidung der betreffenden Streitigkeiten abhängig gemacht ist.

einem Weidedistrikt hat die Mehrheit der Betheiligten zu bestimmen [65]. Der Berechnung der Mehrheit wird die Zahl der Tagwerke zu Grunde gelegt, welche die Weidepflichtigen auf der betheiligten Grundfläche besitzen, wobei die nicht kultivirten Weideplätze nur insoweit konkurriren, als sich ihre Eigenthümer für die Ablösung aussprechen [66]. Bei Stimmengleichheit wird der Beschluß als zu Gunsten der Ablösung gefaßt erachtet [67]. Der auf Ablösung gerichtete Mehrheitsbeschluß verbindet die Minderheit [68].

4. Die Art und der Betrag der Entschädigung des Berechtigten kann durch Uebereinkunft festgestellt werden [69]. Kommt eine solche nicht zu Stand, so wird vor allem der jährliche Reinertrag des Weiderechts durch Abschätzung festgestellt [70]. Dieser bildet die Jahresabgabe, welche als Reallast auf die dienstbaren Grundstücke zu übernehmen ist [71], wobei die Vertheilung auf die einzelnen Grundstücke in Ermangelung gütlicher Uebereinkunft durch die Behörde erfolgt [72]. Ist nichts anderes ausgemacht, so ist die Jahresabgabe am 15. Dezember jeden Jahres fällig [73]. Der Pflichtige kann die Jahresabgabe durch Baarerlag ihres zwanzigfachen Betrags ablösen oder für diesen Betrag ein von seiner Seite jederzeit heimzahlbares vierprozentiges Bodenzinskapital konstituiren [74]. Auf Verlangen des Berechtigten werden solche Jahresabgaben und Bodenzinskapitalien von der Ablösungskasse des Staats übernommen [76].

---

[65] Weidegesetz Art. 6 und 7, 1.

[66] Weidegesetz Art. 6 und 39.

[67] Weidegesetz Art. 8 und 39.

[68] Weidegesetz Art. 9 und 39.

[69] Haben sich die Betheiligten über Feststellung einer Jahresabgabe geeinigt, so wird diese, wenn nichts anderes ausgemacht ist, nach den Grundsätzen beurtheilt, welche für die durch Ablösung konstituirte Jahresabgabe gelten Weidegesetz Art. 21.

[70] Weidegesetz Art. 12 und 41. Das dabei zu beobachtende Verfahren ist Art. 13—16 näher bestimmt.

[71] Weidegesetz Art. 17 und 42.

[72] Weidegesetz Art. 22 und 43.

[73] Weidegesetz Art. 25.

[74] Weidegesetz Art. 18 und 44.

[75] Die für gegenseitige Weidedienstbarkeiten konstituirten Jahresabgaben und Bodenzinskapitalien werden von der Ablösungskasse nur auf Verlangen sämmtlicher Bezugsberechtigter einer Weidegemeinschaft übernommen. Weidegesetz Art. 44.

[76] Weidegesetz Art. 19 und 20.

5. Das abgelöste Weiderecht[77] erlischt, wenn nichts anderes vertragsmäßig ausgemacht ist, mit dem Schluß desjenigen Jahres, in welchem die Repartition der dafür bestimmten Entschädigung auf die einzelnen Pflichtigen endgiltig erfolgt ist; dieser Termin kann jedoch auf Antrag der Berechtigten auf die Dauer von höchstens drei Jahren von der Behörde erweitert werden, wenn nach dem Urtheil der Sachverständigen die frühere Beendigung besonders nachtheilig wäre[78].

§ 180.

II. Die Wegegerechtigkeit[1].

Die Wegegerechtigkeit enthält die auf einem Privatrechtstitel beruhende Befugniß, sich eines fremden Grundstücks zur Communikation zu bedienen. Der Privatweg unterscheidet sich vom öffentlichen Weg darin, daß auf den letzteren der einzelne kein selbstständiges Recht hat, andererseits jedermann sich desselben bedienen kann, während der Privatweg nur ein auf einem besonderen Rechtstitel begründetes Recht für einzelne enthält. Die Wegegerechtigkeit, wo sie als Servitut vorkommt, richtet sich nach den Grundsätzen des römischen Rechts[2]. Für alle Wegegerechtigkeiten gilt der Grundsatz, daß für sie nicht willkürlich das ganze Grundstück in Anspruch genommen werden kann, daß vielmehr die einmal bestimmte Richtung von dem Berechtigten eingehalten werden muß[3].

---

[77] Mit dem Weiderecht erlischt auch das zu seiner Ausübung bestehende Durchtriebsrecht, insoweit es nicht besonders vorbehalten wird, Weidegesetz Art. 26. Vgl. oben § 169, 44 ff.

[78] Weidegesetz Art. 23, 24 und 45. Bei gegenseitigen Weiderechten können einen solchen Antrag nur diejenigen Theilnehmer stellen, die für Aufrechthaltung der Weidegemeinschaft gestimmt hatten Weidegesetz Art 46. Näheres s. bei Becher § 88 II. 10.

[1] Elvers, Servituten § 42; Glück, Commentar X. 139; Windscheid § 211, 1; Dernburg § 242; Roth, d. P.R. § 279. Becher § 191 über Wegerecht mit Litteraturangaben. Nach B.G.B. unterliegt die Wegegerechtigkeit als Dienstbarkeit den allgmeinen Vorschriften über die Dienstbarkeiten.

[2] Mittermair, P.R. § 167, 20; Erk. Celle 27|11 1838 Sf. I. 80. Es gilt dieß auch nach unseren Landesrechten, namentlich dem Preußischen Recht Förster Eccius § 187, 95.

[3] Glück, Commentar X. 166; Seuffert, Pandekten § 165, 7. Ausgespro-

In Ermangelung anderweitiger Festsetzung steht die Wahl dem Berechtigten zu [4]. Die Wegegerechtigkeit ist an sich ungemessen, doch darf sich der Berechtigte derselben nur zum Bedarf des herrschenden Grundstücks bedienen, die Ausübung daher nicht willkürlich andern überlassen [5]. Die Instandhaltung des Weges liegt dem Berechtigten ob, der jedoch Anspruch darauf hat, daß er in den nöthigen Reparaturen nicht gehindert werde [6]. Gemeinrechtlich ist

---

chen ist dieß für den Fahrweg l. 9 D. 8. 1 Elvers, Servituten 402, dagegen wird es für iter und actus in Abrede gezogen von Elvers, Servituten 401. Allgemein auf alle Wegegerechtigkeiten dehnen es aus Erk. Dresden 29|4 1848 Sf. II. 140; Lübeck 28|4 1849 Sf. VI. 13; Sammlung VI. 299, ebenso Anm. 1 g zu Bayr. L.R. II. 8. 11: „Daß man gegenwärtige Servitut nicht auf allen Theilen des dienstbaren Grunds, sondern nur auf einem gewissen Spatio desselben und mit möglichstem Menagement zu exerciren habe, ergiebt sich schon aus dem, was oben C. 7. § 6. Nr. 2 Litt. b. angeführt worden. Können sich Partes interessatae über sothanes Spatium nicht selbst gutlich mit einander verstehen, werden sie arbitrio Judicis auseinander gesetzt ... ist aber ein gewisses Spatium einmal erwählt, so laßt sich solches einseitiger Weis nicht mehr abändern, oder von dem bereits erwählten auf einen anderen Privatnebenweg abweichen" und Anm. 2. b. zu L.R. II. 7. 6: „Ich kann also z. E. ad servitutem itineris vel viae nicht den ganzen Grund und alle Theil desselben appliciren, sofort bald dort bald da, wie es mir nur einfällt, darauf hermarschiren, sondern ich muß mich mit dem a parte adversa vel Judice ausgezeigten gewöhnlichen Spatio begnügen, weil der Zweck und die Natur meiner Gerechtsame kein mehreres erfordert." Pr. L.R. I. 22. 70: Wem das Recht über ein fremdes Grundstück zu gehen zu reiten oder zu fahren zukommt, der muß sich genau auf dem bestimmten Weg halten, und darf unter keinerlei Vorwand Nebenwege suchen."

[4] Glück, Comment. X. 164; Elvers, Servituten 408. Nach Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3 entscheidet der Richter. Nach Weidegesetz Art. 3 erfolgt in den Fällen, in welchen nach Aufhebung des Weiderechts dem Berechtigten ein besonderes Triftrecht konstituirt wird, die Feststellung durch die Administrativbehörden.

[5] Kreittmayr, Anm. 1 m zu L.R. II. 8. 11: „Dieser hingegen hat so viele Macht nicht, daß er sein Recht auch anderen überlassen könnte, sondern bedient sich dessen nur für sich allein, ausgenommen seine Kinder, Domestiken Gefährten und andere mit ihm zu thun habende Personen, welche per Connexionem et Consequentiam daran participiren." Erk. Jena 22|6 1877 Sf. XXXIV. 243; München 6|12 1877 Sf. XXXV. 277.

[6] Kreittmayr, Anm. 1. i zu L.R. II. 8. 11: „Wir haben schon oben C. 7. § 6 Nr. 2. Lit. a. gehört, daß Dominus Praedii dominantis alles, was zu Ausübung der Servitut vonnöthen ist, in Praedio serviente vornehmen könne, einfolglich ist ihm auch nicht verwehrt, den Weg zu repariren, Gräben und Hohlweg auszufüllen, die Anhöhen zu applaniren, das aufliegende Gesträuß

bei Wegegerechtigkeiten, die nicht auf periodische Ausübung beschränkt sind, zum Schutz gegen Störung des Interdictum de itinere actuque privato gegeben [7], welches voraussetzt, daß die Erwerbung nicht fehlerhaft geschehen [8] und die Servitut im letzten Jahr wenigstens dreißigmal ausgeübt worden sei [9]. Zum Schutz von Wegegerechtigkeiten, die nur periodisch ausgeübt werden können, ist die gewöhnliche Besitzstörungsklage gegeben [10], was nach unseren neueren Landesrechten bei allen Wegegerechtigkeiten der Fall ist. Die einzelnen Wegegerechtigkeiten sind:

1. Das Recht des Fußsteigs (servitus itineris). Dieses gewährt gemeinrechtlich die Befugniß, über das dienende Grundstück zu gehen, zu reiten und sich in einer Sänfte tragen zu lassen, nicht aber zu fahren [11]; nach Preußischem Recht ist das Recht des Reitens nicht damit verbunden [12]. Die Breite des Wegs wird im Mangel näherer Festsetzung gemeinrechtlich durch richterliches Ermessen festgesetzt [13], nach Bayrischem und Preußischem Landrecht beträgt sie drei Fuß [14].

---

sammt denen auf den Weg hervorragenden Bäumen soweit als sie dem Weg hinderlich seind zu stutzen und respective auszurotten." Vgl. oben § 178, 21.

[7] l. 1 § 1 D. 43. 10; Windscheid § 164, 3; Dernburg § 257, 7; Arndts § 192 Nr. 2a; Sintenis, E. R. § 65, 22; Erk. Jena 30|6 1826 Sf. IV. 229.

[8] l. 1 pr. § 12 D. 43. 19; Windscheid § 164, 5.

[9] l. 1 pr. § 2 D. 43. 19; Windscheid § 163, 4; Dernburg § 257, 7; Lang, Sachenrecht § 79, 19; Erk. Rostock 15/3 1845 Budde III. 86; Cassel 1860 Sf. XVI. 221; Lübeck 20|3 1853 Sf. XXII. 46; Berlin 17|10 1874 Sf. XXX. 123; Darmstadt Präjudiz Nr. 32. Nach Erk. Jena 22|1 1829 Sf. VI. 291 und Kiel 12/8 1857 Sf. XII. 207 cessirt dieses Erforderniß in summarissimo.

[10] Erk. Lübeck 20|3 1853 Sf. XXII. 46; Berlin 17|10 1874 Sf. XXX. 123.

[11] l. 7 pr. l. 12 pr. D. 8. 3; Elvers, Servituten 388; Glück. Comment. X. 139; Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 1. „Wird der Durchgang oder Fußsteig auf fremden Grund nicht nur dem Domino Praedii dominantis, sondern auch seinen Kindern, Domestiken und anderen, welche mit ihm zu thun haben, gestattet, es kann auch solches zu Fuß und zu Pferd jedoch ohne Fuhrwerk geschehen." Für unanwendbar nach heutigem Recht hält diese Bestimmung Windscheid § 211, 3 (mit Litteratur für und wider); s. dagegen Sintenis, C.R. § 63, 14; Dernburg § 242, 5. Das Tragen von Lasten beim Gehen z. B. Steinkohlen ist zuläßig Erk. Lübeck 19|3 1840 Sf. X. 136; 27|3 1877 Sf. XXXIII. 290. Dagegen ist das Recht, mit einem Schiebkarren zu fahren, damit nicht verbunden Erk. Lübeck 13|4 1830 Sf. V. 5.

[12] Pr. L.R. I. 22. 65: „Wer das Recht hat über das Grundstück des Andern zu gehen, darf sich dessen weder zum Reiten noch zum Fahren auch mit einrädrigem Karren bedienen."

[13] l. 13 § 2 D. 8. 3; Elvers, Servituten 389.

2. Das Triftrecht (servitus actus) gewährt gemeinrechtlich das Recht des Viehtriebs, womit das Recht, mit Wagen zu fahren und zu gehen, verbunden ist [15], während nach bayrischem und preußischem Landrecht die Dienstbarkeit auf den Viehtrieb beschränkt ist [16]. Das Triftrecht erstreckt sich, wenn nicht besondere Ausnahmen bestimmt sind, auf alle Gattungen von Vieh [17]. In dem Triftrecht ist nur das Recht des Durchtriebs gegeben, das Triftvieh darf daher beim Durchtrieb weder weiden noch lagern [18]. Die Breite des Wegs wird gemeinrechtlich in Ermangelung näherer Festsetzung richterlich bestimmt [19], während sie nach Bayrischem Landrecht 8′, nach Preußischem Landrecht in gerader Richtung 16′, in der Biegung 24′ beträgt [20].

3. Die Fahrgerechtigkeit (servitus viae) enthält gemeinrechtlich alle Benützungsarten, also außer dem Recht zu fahren auch das Recht des Viehtriebs und des Fußsteigs [21], ferner die Befugniß, Steine und Balken über das dienende Grundstück zu schleifen [22]; dagegen ist nach Preußischem Recht [23] mit der Fahrgerechtigkeit das Triftrecht nicht gegeben. Die Breite beträgt, wenn nichts anderes bestimmt ist, gemeinrechtlich 8′ in gerader Richtung und

---

[14] Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 1; Pr. L.R. I. 22. 78.

[15] l. 7 D. 8. 3; Elvers, Servituten 389; Glück, Commentar X. 344; Erk. Celle 27/11 1838 Sf. I. 180. Näheres über den Umfang der Servitut s. auch bei Windscheid § 211, 3. Nach Dernburg § 242, 9 gewährt das Triftrecht nicht das Recht zum Fahren; s. auch Sommer, Arch. f. civ. Pr. 3, 20.

[16] Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3; Pr. L.R. I. 22. 68.

[17] Glück, Commentar X. 154; Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3.

[18] Glück, Commentar X. 169; Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3; Förster Eccius § 187, 109.

[19] Elvers, Servituten 392.

[20] Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3; Pr. L.R. I. 22. 79.

[21] l. 1 pr. D. 8. 3; Elvers Servituten 393; Glück, Commentar X. 160. Gegen die Ausdehnung der Fahrgerechtigkeit auf das Triftrecht nach heutigem Recht erklären sich Erk. Dresden 12/2 1850 Sf. IV, 13; 27/11 1862 Sf. XVII. 213; Darmstadt 16/6 1857 Sf. XII. 127; Stuttgart 17/3 1864 Sf. XVIII. 121; Oldenburg 1864 Sf. XXIII. 113; 20/10 1874 Sf. XXXI. 206; E. d. R.G. II. 159; Dernburg § 242, 9. Anerkannt ist die Ausdehnung Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3: „im übrigen ist servitus actus zwar wohl unter der servitute viae nicht aber itineris begriffen."

[22] l. 7 D. 8. 3; Glück, Commentar X. 162; Kreittmayr, Anm. 1c zu L.R. II. 8. 11.

[23] Pr. L.R. I. 22. 67.

16′ in der Biegung[24], nach Preußischem Recht 8′ in gerader Richtung und 12′ in der Biegung[25].

§ 181.

III. Wasserlaufdienstbarkeiten[1].

Als Wasserlaufdienstbarkeiten finden sich in unserem Recht folgende ausgebildet:

I. Das Recht, dem Wasserablauf auf das unten liegende Grundstück eine andere als die natürliche Richtung zu geben[2], und das Recht zu verlangen, daß der Eigenthümer das auf seinem Eigenthum entspringende Quellwasser und das dort gesammelte Regenwasser, das er für sich zu verbrauchen befugt ist, auf das herrschende Grundstück ablaufen lasse[3].

II. Das Recht der Wasserleitung[4]. Dieses besteht in der Befugniß, fremdes Wasser in ein Grundstück zu leiten. Die Servitut kann sich auf das Wasser eines öffentlichen Flusses oder auf Privatgewässer beziehen. In dem ersten Fall besteht die Servitut in der Befugniß, die Wasserleitung über das dienende Grundstück zu führen[5], da der besondere Gebrauch an öffentlichen Flüssen von der Genehmigung der öffentlichen Behörden abhängt[6]. Ueber-

---

[24] l. 8 D. 8. 3; Bayr. L.R. II. 8. 11 Nr. 3.

[25] Pr. L.R. I. 22. 79.

[1] Vgl. Endemann, Wasserrecht § 15—18; Keller, Pand. § 166; Dernburg § 243; Roth, D. P.R. § 280; Becher § 89. Nach B.G.B. unterliegen die Wasserlaufdienstbarkeiten den allgemeinen Grundsätzen über die Dienstbarkeiten, soweit nicht landesgesetzliche, dem Wasserrecht, Deich- und Sielrecht oder Bergrecht angehörige Vorschriften in Betracht kommen; s. Art. 65—67 E.G. z. B.G.B.

[2] Vgl. oben § 143, 33 ff.; Bayr. Wassergesetz Art. 37; Erk. Darmstadt 21|8 1866 Sf. XXI. 214; Berlin 6|4 1872 Sf. XXVII. 94; Bl. XXXI. 350.

[3] Erk. Cassel 2|5 1840 Sf. I. 5; Stuttgart 26|10 1855 Sf. XXII. 11; Darmstadt 3|7 1869 Sf. XXIII. 207.

[4] Glück, Commentar X. 190; Elvers, Servituten § 43; Windscheid § 211, 6; Dernburg § 242, 1. Das Preußische Landrecht hat keine besonderen Bestimmungen; es finden auf diese Servitut die für die Wegegerechtigkeiten geltenden Grundsätze analoge Anwendung Förster Eccius § 187, 113.

[5] Vgl. unten § 314; Endemann, Wasserrecht § 15, 23.

[6] Endemann, Wasserrecht § 5; Erk. Stuttgart 26|11 1870 Sf. XXV. 9; Bayr. L.R. II. 8. 12 Nr. 5; Bayr. W.G. Art. 10. 14. Das dem Berechtigten eingeräumte besondere Wasserbezugsrecht hat nicht die Natur der Servituten, sondern die eines Privilegiums. A. M. Endemann, Wasserrecht

dieß setzt jede Anlage von Triebwerken, Wasserleitungen, Abzugsgräben, Schöpfwerken, Bade- und Waschhäusern an öffentlichen Flüssen die Erlaubniß der Verwaltungsbehörde voraus, welche, wenn sie nicht auf beschränkte Zeit oder in widerruflicher Eigenschaft ertheilt ist, ein selbstständiges Recht gewährt, das nur durch Expropriation entzogen werden kann [7], und das, wenn es zu Gunsten eines Grundstücks constituirt ist, die Natur der Servitut hat [8]. Das Recht der Wasserleitung an Privatgewässern kann an einem Privatfluß oder an gebundenen Privatgewässern begründet sein, und enthält dann das dingliche Recht auf den Wasserbezug [9], der bestimmt oder unbestimmt sein kann; in dem letzteren Fall ist der Bezug auf das Bedürfniß des Berechtigten beschränkt und darf ohne Zustimmung des Verpflichteten Dritten nicht abgetreten werden [10]. Ist die Servitut mehreren Berechtigten eingeräumt, so kann ein Vertheilungsverfahren erforderlich sein [11].

1. Das Recht der Wasserleitung besteht in der Befugniß, das Wasser in Röhren auf das berechtigte Grundstück zu leiten [12]. Der Berechtigte hat die Wasserleitung in Stand zu erhalten [13], und

---

§ 15, 20, der nach heutigem Recht auch bei öffentlichen Flüssen eine Servitut des Wasserbezugs annimmt.

[7] Wassergesetz Art. 10 und 14.

[8] Erk. Bez.Ger. Augsburg 16/11 68 bei Kerstorff vier Erkenntnisse S. 13.

[9] l. 8 l. 17 pr. D. 39. 3; Endemann, Wasserrecht § 74; Erk. Darmstadt 13/7 1869 Sf. XXIII. 207; Art. 54 Bayr. W.G. Bl. XXXI. 332 ist ausgesprochen, daß durch Ersitzung eine Dienstbarkeit an einem Privatfluß nach den für die Dienstbarkeitsersitzung geltenden Grundsätzen erworben werde. Dabei ist angenommen, daß nach Wassergesetz Art. 54 der Miteigenthümer eine Dienstbarkeit, also auch ein ausschließliches Benutzungsrecht an dem gemeinschaftlichen Wasserlauf gegenüber seinem Miteigenthümer erwerben könne, womit auch der Wortlaut des Gesetzes übereinstimmt. Als eine solche kann auch die nach Wassergesetz Art. 86 durch Expropriation zur Anlage eines Stauwerks begründete Benützung des gemeinschaftlichen Wasserlaufs angesehen werden.

[10] l. 24 l. 33 § 1 D. 8. 3.

[11] l. 4 D. 43. 20; Glück, Commentar X. 194; Elvers, Servituten 73. 411; Erk. Dresden 13/9 1866 Sf. XXIII. 128.

[12] l. 17 § 1 D. 50. 3. Das Recht, einen Canal anzulegen, muß besonders begründet sein Elvers, Servituten 409.

[13] l. 11 D. 8. 4; Endemann, Wasserrecht § 16, 11; Erk. Dresden 1851 Sf. VI. 7; 26/10 1860 Sf. XVI. 14; Berlin 11/9 1877 Sf. XXXIII. 359; durch besondere Festsetzung kann die Pflicht der Unterhaltung dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks auferlegt sein vgl. oben § 178, 34. Der Servitut-

demnach auch das Recht, alle für die Herstellung und Reparatur erforderlichen Handlungen auf dem dienenden Grundstück vorzunehmen [14].

2. Ist über die Richtung der Wasserleitung nichts vereinbart, so steht die Wahl dem Berechtigten zu, die jedoch nur unbebaute Stellen treffen darf [15]. Die einmal getroffene Wahl unterliegt von Seite des Berechtigten keiner einseitigen Veränderung [16], während der Verpflichtete eine unschädliche Verlegung zu verlangen berechtigt ist [17].

3. Zum Schutz der Wasserleitungsgerechtigkeit ist gemeinrechtlich das Interdictum de aqua quotidiana et aestiva gegeben [18], welches voraussetzt, daß das Recht in dem letzten Jahr vor der Störung einmal [19] und zwar nicht fehlerhaft und in gutem Glauben ausgeübt worden sei [20]. Zum Schutz in dem Rechte, die Ausbesserung einer im laufenden Jahr oder dem vorhergehenden Sommer ausgeübten Wasserleitung vorzunehmen, ist das Interdictum de rivis gegeben [21].

III. Das Recht der Wasserableitung, nämlich das Recht, behufs der Entwässerung des herrschenden Grundstücks das auf

---

berechtigte haftet für den bei den Reparaturarbeiten oder durch mangelhafte Construktion verursachten Schaden vgl. oben § 178, 23.

[14] Erk. München 8/4 1863 Sf. XVII. 9 (Räumung eines Weihers); Berlin 4/6 1874 Sf. XXIX. 221 (Anlegung einer Brunnenkammer); Berlin 13/4 1877 F. M. IX. 62 (Tieferlegung von Röhren). Zum Schutz im Recht der Ausbesserung ist gemeinrechtlich das Interdictum de rivis gegeben unten Note 21. Auch der Eigenthümer des dienenden Grundstücks darf in seinem eigenen Interesse die Reparatur vornehmen Erk. Berlin 11/9 1877 Sf. XXXIII. 359.

[15] l. 21. 22 D. 8. 3; Endemann, Wasserrecht § 16, 12.

[16] l. 13 § 1 D. 8. 3; Erk. Darmstadt 3/7 1869 Sf. XXVIII. 13; Lübeck 28/4 1849 Sf. VI. 13.

[17] Erk. Lübeck 28/4 1849 Sf. VI. 13; Darmstadt 3/7 1869 Sf. XXVIII. 13; vgl. oben § 178, 24.

[18] Dig. 43. 20; Windscheid § 164, 8; Sintenis, C.R. § 65, 28; Dernburg § 257, 12.

[19] l. 1 pr. § 4 D. 43. 20; l. 1 pr. D. 43. 22; Endemann, Wasserrecht 78; Erk. Cassel 25/4 1863 Sf. XVIII. 249. Ueber die Zeitberechnung vgl. Erk. Berlin 2/11 1872 Sf. XXVII. 210; München 30/10 1876 Sf. XXXII. 206.

[20] l. 1 pr. § 10. 19. 39 D. 43. 20; l. 1 pr. D. 43. 22; Erk. Darmstadt 23/4 1866 Sf. XIX. 233; 20/6 1871 Sf. XXVI. 110; Wolfenbüttel 22/6 1866 Sf. XXII. 146. Bezüglich des Schutzes des prekaristischen Besitzes s. auch Erk. Stuttgart 11/2 1886 Sf. XLII. 22.

[21] Dig. 43. 21; Elvers, Servituten 822; Arndts § 192 Nr. 2. b; Sintenis, C.R. § 65, 37.

demselben befindliche Wasser über das dienende Grundstück abzuleiten [22].

IV. **Die Wasserschöpfgerechtigkeit** ist das Recht, auf dem dienenden Grundstück, das für das herrschende Grundstück erforderliche Wasser zu schöpfen [23], womit gemeinrechtlich und nach Bayrischem Landrecht von selbst der Zugang zum Schöpfplatz verbunden ist [24]. Nach Bayrischem Wassergesetz hat Jedermann die Befugniß, aus öffentlichen und Privatflüssen Wasser zu schöpfen, jedoch hienach noch nicht die Befugniß, zu diesem Zwecke fremde Grundstücke zu betreten [25].

V. **Die Viehtränkgerechtigkeit** ist das Recht, das auf dem herrschenden Grundstück gehaltene Vieh auf dem dienenden Grundstück zur Tränke zu treiben, sie enthält immer zugleich die servitus actus [26]. Auch hier gilt nach Bayrischem Wassergesetz das Gleiche wie für die Befugniß zum Wasserschöpfen [27].

VI. **Das Recht, auf dem dienenden Grundstück einen Teich zu halten** [28].

§ 182.

IV. Forstdienstbarkeiten [1].

Ein Anspruch auf Nutzungen an Forstprodukten kann als bloße Vergünstigung vorkommen oder auf der Eigenschaft des Berechtigten

---

[22] l. 29 D. 8. 3; Glück, Commentar X. 197. Auch hier kann durch besondere Festsetzung eine Verpflichtung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks zur Unterhaltung der Abzugsgräben begründet sein Erk. Rostock 10/1 1841 Sf. XVII. 8; Berlin 16/1 1877 Sf. XXXIV. 16 vgl. oben § 178, 21.

[23] l. 3 § 3 D. 8. 3; Glück, Commentar X. 198; Erk. Dresden 12/11 1862 Sf. XVII. 215. In Erk. Berlin 17/11 1871 Sf. XXVI. 109 und München 29/12 1879 Sf. XXXV. 188 ist ausgesprochen, daß keine causa perpetua erforderlich sei, die Servitut also auch an einem Trog oder einer Cisterne gegeben sein könne vgl. oben § 178, 15.

[24] l. 3 § 3 D. 8. 3; Erk. München 27/11 1874 Sammlg. V. 40; Bayr. L.R. II. 8. 12 Nr. 2. Zum Schutze ist gemeinrechtlich und nach B. Landrecht das interdictum de fonte gegeben: Dig. 43. 22; Elvers, Servituten 824; Windscheid § 164, 13; Arndts § 192, 2 c; Sintenis, C.R. § 65, 39; Erk. Wolfenbüttel 22/6 1866 Sf. XXII. 146. Für dieses gelten die gleichen Grundsätze wie für das Interdictum de aqua.

[25] Art. 9 Abs. 1 Art. 40. Art. 53 Abs. 2 Bayr. W.G. Becher § 89 Nt. 2.

[26] l. 1 § 1 l. 6 D. 8. 3; Glück, Commentar X. 200; Windscheid § 211, 8.

[27] Vgl. die Citate der Nt. 25.

[28] Erk. Dresden 1850 Sf. IV. 12; 1851 Sf. IV. 208.

[1] Vgl. Forstgesetz 28/3 52, 17/6 96 Art. 23—34 mit Commentar von Brater

als Gemeindemitglieds begründet sein [2]. Dingliche Forstberechtigungen haben regelmäßig die Eigenschaft der Servituten, nur die Holzberechtigung kann auch als Reallast vorkommen [3]. Die Forstdienstbarkeit kann eine persönliche oder Grunddienstbarkeit [4] sein. Durch das Forstgesetz vom 28. März 1852/17 Juni 1896 [5] sind die Forstdienstbarkeiten vielfachen Beschränkungen unterworfen, welche sich theils auf die Begründung und den Bestand, theils auf die Ausübung beziehen und auf alle Forstdienstbarkeiten [6] ohne Unterscheidung ihres Inhalts gleichmäßig Anwendung finden. Es kommen hiernach folgende Grundsätze zur Anwendung:

1. Der Berechtigte ist bei Ausübung der Berechtigung an die Bestimmungen des Forstgesetzes gebunden [7]. Er ist daher nicht nur den Beschränkungen unterworfen, welche für den Eigenthümer selbst gegeben sind [8], sondern er muß sich auch hinsichtlich der Ausdehnung und Ausübung seiner Berechtigung allen Anordnungen unterwerfen, welche für den nachhaltigen Betrieb der Waldwirthschaft erforderlich sind. Er hat sich daher nicht nur bei der Ausübung seiner Berechtigung an die Anweisung von Seiten des Waldeigenthümers

---

in Dollmann G.G. II. 1. 437—472; A. v. Ganghofer, Nördlingen 1889; Schwaiger, Ansbach 1897; Pözl, Verw.R. § 167; Seydel b. St.R. III. S. 370—374; Becher § 90; Roth, D. Pr.R. § 281. Nach B.G.B. unterliegen die Forstdienstbarkeiten den allgemeinen Grundsätzen der Dienstbarkeiten vorbehaltlich der Bestimmungen in Art. 113, 115 E.G. z. B.G.B. (übersehen von Schwaiger zu Art. 1 § 7); s. oben § 167, B, 1.

[2] Forstgesetz Art 96. „Wer Holz oder sonstige Walderzeugnisse . . . in deren Besitz er zu seinem Bedarf in Folge Berechtigung, Vertheilung oder Vergünstigung gekommen ist . . . veräußert . . . .“

[3] Vgl. unten Note 32 und § 189.

[4] Vgl. oben § 172, 4, 5 und unten Note 33.

[5] Ges. v. 17. Juni 1896 die Revision des Forstges. betr. (G.V.Bl. 377) mit Vollz.Ver. v. 5. Juli 1896 (G.V.Bl. 319), in Kraft seit 22. Juni 1896. Neue Fassung s. G.V.Bl. 1896 S. 325.

[6] Inwieferne diese Bestimmungen auch auf das Holzrecht als Reallast Anwendung finden s. unten § 189.

[7] Forstgesetz Art. 23. „Der Forstberechtigte ist bei der Ausübung seiner Berechtigung an die genaue Befolgung der forstpolizeilichen Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes gebunden. Streitigkeiten über die Art und Weise der Ausübung einer Forstberechtigung werden von den Polizeibehörden entschieden, jedoch mit Vorbehalt des Rechtsweges, insoferne ein Betheiligter sich durch die Entscheidung in seinem Rechte oder dessen Umfange für verletzt erachtet.“ Die Betretung des Rechtswegs muß innerhalb drei Monaten geschehen Forstgesetz Art. 32.

[8] Vgl. oben § 143, 55.

zu halten [9], sondern er muß sich auch die Ermäßigung im Interesse der Forstkultur gefallen lassen [10]. Liegt eine Beeinträchtigung der nachhaltigen Bewirthschaftung durch eine Forstberechtigung vor, so kann von seiten des Verpflichteten [11] gegenüber sämmtlichen Berechtigten der gleichen Gattung [62] für einen bestimmten Zeitraum eine entsprechende Ermäßigung beantragt werden, wobei für die Berechtigten ein Anspruch auf Entschädigung nur dann begründet ist, wenn die Ermäßigung durch unnachhaltige Bewirthschaftung von seiten des jetzigen oder der früheren Waldbesitzer veranlaßt worden ist [13]. Sowohl über die Ermäßigung [14], als über die Statthaftigkeit und den Betrag der Entschädigung haben die Forstpolizeibehörden zu entscheiden, wobei jedoch beiden Theilen die Betretung des Rechtswegs innerhalb drei Monaten sowohl hinsichtlich der Entscheidung der Ermäßigung [15] als der Entschädigung [16] zusteht. Betritt der Waldbesitzer den Rechtsweg, so ist er befugt, die Klage gegen alle, welchen Forstberechtigungen an dem Wald zustehen, zu verbinden und in derselben die Ermäßigung der auf dem Wald ruhenden Forstberechtigungen jeder Gattung zu verlangen. Ebenso können die Berechtigten, welche gegen den Ausspruch der Forstpolizeibehörde den Rechtsweg betreten, selbst wenn ihre Forstberechtigungen nicht gleicher Gattung sind, eine Streitgenossenschaft bil-

[9] Forstgesetz Art. 90 und 91 bedroht denjenigen mit Strafe, der bei Ausübung der Forstdienstbarkeiten der Anweisung nicht folgt.

[10] Forstgesetz Art. 25. „Forstberechtigungen, welche die nachhaltige Bewirthschaftung des Waldes beeinträchtigen, sind auf Antrag des Verpflichteten für einen bestimmten Zeitraum entsprechend zu ermäßigen." S. einen hier einschlagenden Fall Bl. f. A. Pr. XVI. 177.

[11] C.C.E. 29|12 59 Moritz III. 79 ist ausgesprochen, daß das Verfahren zur Ermäßigung einer Forstberechtigung nur auf Antrag des Verpflichteten eingeleitet werde.

[12] Forstgesetz Art. 25: „Stehen mehreren Personen Forstberechtigungen gleicher Gattung an dem Walde zu, so kann der Waldbesitzer den Antrag auf Ermäßigung nur gegen alle diese Berechtigten verbunden stellen."

[13] Forstgesetz Art. 25.

[14] C.C.E. 30|3 63 Moritz III. 376 spricht aus, daß sich dieß auch auf solche Forstberechtigungen erstrecke, deren Umfang durch rechtskräftiges Erkenntniß festgestellt sei, und Erk. 8|1 67 Bl. XXXI. 184, daß ein derartiger Antrag auch in der Exekutionsinstanz eines Rechtsstreits mit der Wirkung der Sistirung der Exekution gestellt werden könne.

[15] Erk. 18/3 61 Bl. XXVII. 221.

[16] Erk. 18/3 61 Bl. XXVII. 288.

den[17]. Die Berechtigten, welche gegen den Ausspruch auf Ermäßigung den Rechtsweg betreten, haben den Nachweis zu liefern, daß das dienende Grundstück den geforderten höheren Betrag leisten könne[18].

2. Die Forstberechtigungen können gemessen oder ungemessen sein. Bei ungemessenen Berechtigungen richtet sich die Ausdehnung der Berechtigung nach dem Bedürfniß des Berechtigten in der Art, daß dieser nur seinen eigenen Hausbedarf beziehen und den Bestand seines Anwesens nicht willkürlich vergrößern darf[19]. Der Berechtigte darf bei ungemessenen Berechtigungen von dem ihm zugewiesenen nichts veräußern[20]. Bei ungemessenen Berechtigungen steht beiden Theilen die Befugniß zu, die Umwandlung in gemessene zu beantragen. Kommt eine gütliche Uebereinkunft nicht zu stande, so erfolgt die Umwandlung, wenn die Natur der Berechtigung es gestattet, durch Festsetzung eines bestimmten jährlichen Maßes, für welches die Durchschnittsergebnisse der letzten zehn Jahre und in Ermangelung solcher die Gutachten Sachverständiger entscheidend sind. Ist nach der Natur der Berechtigung die Festsetzung eines bestimmten jährlichen Maßes nicht möglich[21], so geschieht die Umwandlung durch Feststellung der einzelnen bei der Ausübung in Betracht kommenden Momente nach dem zur Zeit der Fixirung anzuwendenden Maßstab. Die Fixirung erfolgt durch die Forstbehörden. Wird bei der Verhandlung das Recht selbst oder dessen Umfang streitig, so sind die Betheiligten auf den Rechtsweg zu verweisen[22].

3. Der Eigenthümer darf Rodungen nur mit Einwilligung der Forstberechtigten vornehmen[23]. Dagegen ist er durch die Forst-

[17] Forstgesetz Art. 25.

[18] Erk. 18|3 61 Bl. XXVII. 265.

[19] Erk. 31|10 42 Bl. VIII. 411. Vgl. oben § 178, 17.

[20] Forstgesetz Art. 96. Ueber die noch weiter gehenden Beschränkungen bei Bauholzrechten vgl. unten Note 41.

[21] In diese Kategorie gehören die meisten ungemessenen Berechtigungen, namentlich das Recht auf Bauholz und Windbrüche und das Weiderecht in Waldungen Bl. f. A. Pr. V. 337 f. Brater, Comment. 450. S. eine derartige Verhandlung Bl. f. A. Pr. XVI. 141.

[22] Forstgesetz Art. 27. Besondere Grundsätze gelten bei Bestimmung des Weiderechts unten Note 53.

[23] Forstgesetz Art. 34, 3. Ueber die Frage, ob sich dieß auch auf das Weiderecht erstrecke vgl. unten Note 51.

berechtigungen in den durch die Boden- und klimatischen Verhältnisse gebotenen Veränderungen der Holz- und Betriebsarten nicht gehindert [24]. Beabsichtigt der Eigenthümer eine Veränderung der Betriebsart, mit welcher die Ausübung der Berechtigung in der bisherigen Art nicht vereinbar ist, so hat er eine Entscheidung der Forstpolizeibehörde zu erwirken, welche, wenn sie die beabsichtigte Aenderung für statthaft erklärt, die Entschädigung des Berechtigten durch Umwandlung des bisherigen in einen anderen entsprechenden Forstnutzungsbezug, andernfalls durch Bestimmung eines Geldbetrags festzustellen hat. Die Betretung des Rechtswegs innerhalb drei Monaten ist hier nur gegen den Ausspruch über die Entschädigung gegeben und steht beiden Theilen zu [25].

4. Die in eine Geldleistung verwandelten Forstberechtigungen können durch Erlegung des fünfundzwanzigfachen Betrags der Geldleistung abgelöst werden [26]. Die Ablösung jeder Art von Forstberechtigungen ist nunmehr lediglich im Wege der Uebereinkunft beider Theile zulässig [27]. Im Falle einer theilweisen Ablösung

---

[24] Forstgesetz Art. 24.

[25] Forstgesetz Art. 26 und 32. Die Verweisung auf Art. 25 Absatz 5 und 6 kann sich hier nur auf den Berechtigten beziehen, da der Verpflichtete eine Klage nur gegen diejenigen Berechtigten hat, denen durch die Forstpolizeibehörde eine Entschädigung zugesprochen ist.

[26] Forstgesetz Art. 29. Vor dem 22. Juni 1896 schon mit dem 20fachen Betrag.

[27] Forstgesetz Art. 30 Abs. 1. Anders vor dem 22. Juni 1896. Als Regel galt zwar auch hier, daß die in eine Geldleistung verwandelten Forstberechtigungen nie im Wege der Uebereinkunft abgelöst werden konnten, aber es waren zwei Ausnahmen zugelassen, in denen einseitige Ablösung dem Verpflichteten gestattet war, so:

a. bei Holzberechtigungen durch volle Entschädigung mittelst Abtretung eines von Rechten Dritter freien Theils des belasteten Waldes, wenn der abzutretende Waldtheil nach Lage und Größe eines forstwirthschaftlichen Betriebs fähig ist und den Bedarf der bisherigen Holzberechtigung nachhaltig deckt, wobei Gegenleistungen durch die Forstbehörde in eine jährliche Geldabgabe verwandelt wurden und die Natur eines auf dem abgetretenen Waldtheil ruhenden und im zwanzigfachen Betrag ablösbaren Bodenzinses annahmen;

b. bei Forstberechtigungen solcher Berechtigten, die bei dem Eintreten der Wirksamkeit des Ablösungsgesetzes 4|6 1848 zu dem Besitzer des belasteten Waldes in dem Grundbarkeitsverband standen, insoweit dieß nicht der Staat war, durch Erlegung des durch die Forstpolizeibehörde festzustellenden Capitalwerthes, oder wenn sie in jährlichen Bezügen bestanden, durch Erlegung des

steht dem Besitzer des belasteten Waldes die Befugniß zu, diejenigen Nutzungen selbst zu beziehen, welche den Inhalt des abgelösten Rechtes bildeten [28]. Ausnahmsweise ist auch die einseitige Ablösung fixirter Forstberechtigungen dem Verpflichteten gestattet.

5. Natural-, Holz- oder Waldfrohnen, welche nicht die Eigenschaft von Gegenleistungen für forstrechtliche Nutzungen an sich tragen, sind ohne Entschädigung aufgehoben [29]. Natural-, Holz- oder Waldfrohnen, welche die Natur von Gegenleistungen für noch bestehende oder abgelöste Nutzungen haben, werden auf Anrufen eines Betheiligten durch die Forstpolizeibehörde in eine jährliche Geldabgabe verwandelt, welche von dem Verpflichteten durch Erlegung, früher des zwanzigfachen, jetzt des fünfundzwanzigfachen Betrags abgelöst werden kann [30].

6. Vom 1. Januar 1853 an können neue dingliche Forstberechtigungen nicht mehr erworben werden [31].

I. Das Beholzigungsrecht (jus lignandi) [32]. Dieses kann als persönliche [33] oder Grunddienstbarkeit constituirt sein [34].

---

zwanzigfachen durch die Forstbehörde festzustellenden Geldanschlags derselben, wobei Gegenreichnisse durch die Forstbehörde in eine jährliche Geldabgabe umgewandelt und im zwanzigfachen des jährlichen Betrags an dem Entschädigungskapital in Abrechnung gebracht wurden.

[28] Forstgesetz Art. 30 Abs. 2.

[29] S. einen Rechtsfall Bl. XXV. 53.

[30] Forstgesetz Art. 3. Dazu s. Art. 113 E.G. z. B.G.B.

[31] Forstgesetz Art. 33. Dazu s. Art. 115 E.G. z. B.G.B. Bloß obligatorische Berechtigungen nicht: Sammlg. III. 380. Durch diese Bestimmung ist die Vollendung der gewöhnlichen Verjährung ausgeschlossen Brater, Comment. 472. Bl. XXXIX. 389; XLIV. 277; Samml. VIII. 394; Becher § 90 Nt. 5. Bestritten ist aber, ob sich dieß auch auf die unvordenkliche Verjährung erstrecke, oder ob der Lauf der letzteren durch diese Bestimmung nicht unterbrochen werde; dafür Erk. Bl. XXXI. 191; XXXV. 315 E.B. I. 191; dagegen Bl. XXXIII. 17 f. XXXIV. 253. XXXVI. 1; XXXIX. 389; XLIV. 277. Sammlg. VIII. 393. Zweifelhaft Samml. V. 131. Vgl. hiezu auch Becher § 90 Nt. 5 und Sammlg. VI. 571; Bl. XLII. 158 über die Wirkung von Vergleichen.

[32] Malblank de jure lignandi 180; Mittermair, P.R. § 171, 1; Roth, D. Pr.R. § 281, I.

[33] Kreittmayr, Anm. 10 zu L.R. II. 8. 15. Durch Vertrag unter den Betheiligten der Nürnberger Forstrechte ist anerkannt, daß das Forstrecht auch als Personalservitut für den Bürger ohne Grundbesitz bestand. Bl. XXI. 228. Als Personalservitut kommt auch das Recht der Abholzung vor. Sammlg. III. 134.

[34] Nach Erk. Berlin 6|12 1867 Sf. XXI. 104 und Darmstadt 15|12 1863

Die Eigenschaft als Dienstbarkeit wird auch nicht dadurch beseitigt, daß die Fällung des Holzes nur durch den Verpflichteten geschieht, daß der Berechtigte das zu beziehende Holz sich anweisen lassen muß, und daß er eine Recognitionsgebühr zu entrichten hat[35]. Die Dienstbarkeit unterscheidet sich je nachdem sie auf Brennholz oder Bauholz gerichtet ist, häufig finden sich beide vereinigt[36]. Ist die Holzgattung bestimmt, so ist die Ausübung von dem Vorhandensein derselben auf dem dienenden Grundstück abhängig[37]. Der Holzberechtigte muß die Servitut in den festgesetzten oder aus den Umständen sich ergebenden Zeiträumen ausüben; eine Nachforderung für die vergangene Zeit ist nicht statthaft, insoferne der Verpflichtete sich nicht im Verzuge befindet[38]. Der Umfang der Holzberech-

---

Sf. XVII. 214 ist nur ein Haus, nicht eine unbebaute Grundfläche das herrschende Grundstück. Nach Bl. XXI. 228. ist Nachbarlage der Grundstücke bei Forstdienstbarkeiten nicht erforderlich.

[35] Pfeiffer, Pr. Ausf. VIII. 179; Beseler, P.R. § 198, 20; Kreittmayr, Anm. 1 c. zu L.R. II. 8. 15; „Manchen Ortes ist solches in fremdem Gehölz gratis und ohne Entgelt anderer Orten aber gegen Bezahlung oder gewisse Recognition hergebracht ... welche letztere gemeiniglich nur in einem sehr geringen Wald- oder Forstzins an Geld Haber und dergleichen Gaben bestehet." Bl. XXI. 230; Wolfenbüttel 17|10 1859 Sf. XIV. 117; Darmstadt 1|7 1873 Sf. XXIX. 14. In der Regel ist die Recognition eine Abgabe, die mit dem Werth des Holzes in keinem Verhältniß steht. Es kann aber auch das Recht, Holz um die Forsttaxe zu beziehen, als dingliches Recht constituirt sein Pfeiffer, Pr. Ausf. VIII. 180; Beseler, P.R. § 198, 21; Bl. XIII. 286; XXXI. 269.

[36] Mittermair, P.R. § 171, 9; Pr. L.R. I. 22. 201; Förster Eccius § 187, 168.

[37] Mittermair, P.R. § 171, 11; Pr. L.R. I. 22. 231—234. „Ist der Holzungsberechtigte nur auf eine gewisse Holzart eingeschränkt, so hört sein Recht auf, wenn die bestimmte Holzart in dem Walde nicht mehr anzutreffen ist. Er kann jedoch den Eigenthümer zur Wiederanpflanzung dieser Holzart anhalten. Hat der Eigenthümer den Mangel durch seine Schuld verursacht, so muß er den Berechtigten auf solange, bis der Bedarf desselben von der bestimmten Art im Walde wieder vorhanden ist, entschädigen. Diese Entschädigung muß der Regel nach durch Holz von anderer Art, nach einem durch Forstverständige zu bestimmenden Verhältnisse, wenn aber auch dergleichen nicht vorhanden ist, in baarem Gelde geleistet werden." Förster Eccius § 187, 177. Der Verpflichtete ist verbunden, die ausgegangene Holzart wieder anzupflanzen, und ist haftbar, wenn er das Ausgehen verschuldet hat.

[38] Mittermair, P.R. § 171, 13; Pr. L.R. I. 22. 204; Förster Eccius § 187, 163.

tigung kann der Quantität nach bestimmt [39] oder unbestimmt sein. Ist der Umfang unbestimmt, so richtet er sich bei Brennholz nach dem wirthschaftlichen Bedürfniß auf dem berechtigten Grundstück [40], bei Bauholz nach dem jedesmaligen Bedarf, welchen der Berechtigte nachzuweisen hat [41]. Streitigkeiten über den Bedarf hat die Forstpolizeibehörde vorbehaltlich des Rechtswegs zu entscheiden. Der Berechtigte muß überdieß das abgegebene Bauholz innerhalb zweier Jahre von der Abgabe an verwenden und die Verwendung auf Verlangen des Verpflichteten nachweisen, bei Zuwiderhandlung aber den Werth ersetzen; über die Ersatzpflicht haben die Civilgerichte zu entscheiden [42].

II. Das Recht auf Raff- und Leseholz [43] und Windbrüche [44]. Auch hier entscheidet bei unbestimmter Quantität das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks zur Zeit der Begründung [45].

III. Das Streurecht besteht in der Befugniß, abgefallenes

---

[39] Das Recht kann sich auf alle auf dem dienenden Grundstück sich befindenden Bäume erstrecken, so daß der Berechtigte das ausschließliche Recht der Holzbenützung hat Bl. XVIII. 60, oder auf den ganzen Holzertrag mit Ausnahme einer bestimmten Quantität Bl. XVII. 153, oder auf alle Bäume einer bestimmten Gattung z. B. Eichen Bl. XVII. 331. Sonst steht regelmäßig dem Eigenthümer das Recht der Mitbenützung zu Mittermair, P.R. § 171, 17; Pr. L.R. I. 22. 226; Förster Eccius § 187, 174. Nach Erk. Sammlg. III. 134 kann in Bayern nach Verkündigung des Forstgesetzes 28|3 1852 eine derartige, den ganzen Holzertrag umfassende Servitut nicht mehr constituirt werden.

[40] Mittermair, P.R. § 171, 7; Pr. L.R. I. 22. 203. 205. 206; Förster Eccius § 187, 160—164. Bl. VIII. 411 ist ausgesprochen, daß der Berechtigte den Umfang bei willkürlicher Vergrößerung seines Anwesens nicht ausdehnen darf. Der Umfang richtet sich also nach dem Bedürfniß zur Zeit der Begründung der Servitut. Bei dem Holzrecht einer Gemeinde entscheidet die Zahl der Gemeindeglieder zur Zeit der Verleihung Erk. Berlin 11|10 1849 Sf. III. 300.

[41] Mittermair, P.R. § 171, 12; Erk. Celle 14/5 1869 Sf. XXIII. 16; Darmstadt 11|7 1873 Sf. XXIX. 14; Pr. L.R. I. 22. 208.

[42] Forstgesetz Art. 28.

[43] Mittermair, P.R. § 171, 16; Pr. L.R. I. 22. 215. 222—224; Förster Eccius § 187, 169; Erk. Cassel 7|2 1838 Sf. XI. 124; Stuttgart 24/9 1869 Sf. XXIV. 12; Bl. f. A. Pr. V. 351; Moritz II. 320.

[44] Maurenbrecher, P.R. § 265, 10; Cassel 7|11 1863 Sf. XVIII. 21; Pr. L.R. I. 22. 217; Förster Eccius § 187, 171.

[45] Es kommen hier die oben Note 40 aufgeführten Grundsätze zur Anwendung.

Laub, Nadeln und Moos zur Verwendung als Streu in Viehställen in einem fremden Wald zu sammeln[46]. Der Berechtigte ist verbunden, sich nach der Anweisung des Verpflichteten zu richten[47].

IV. Das Recht der Waldweide[48] und die Mastungsgerechtigkeit[49]. Das Weiderecht in Waldungen[50] ist nicht nach den Bestimmungen des Weidegesetzes, sondern nach denen des Forstgesetzes zu beurtheilen; daher ist auch der Verpflichtete bei Rodungen an die Einwilligung des Weideberechtigten gebunden[51]. Die Waldweide darf nur unter Aufsicht eines Hirten und nicht nach Sonnenuntergang und vor Sonnenaufgang[52], auch nicht in Junghölzern, Schlägen und Holzanflügen geübt werden. Bei planterweisem Waldbetrieb hat die Forstbehörde die höchste Zahl des einzutreibenden Weideviehs zu bestimmen[53].

---

[46] Mittermair, P.R. § 171, 34; Erk. Celle 15/9 1862 Sf. XVIII. 122; Pr. L.R. I. 22. 221; Förster Eccius § 187, 181. Auch hier richtet sich, wenn die Quantität nicht bestimmt ist, der Bezug nach dem wirthschaftlichen Bedürfniß zur Zeit der Begründung der Dienstbarkeit Bl. VIII. 411.

[47] Mittermair, P.R. § 171, 35; Erk. Darmstadt 18/1 1854 Sf. VII. 288; Wiesbaden 28/2 1844 Sf. XI. 123; Celle 21/4 1866 Sf. XXI. 215.

[48] Beseler § 198, 16.

[49] Mittermair, P.R. § 171, 23; Stobbe, P.R. § 98, 38; Förster Eccius § 187, 155.

[50] Die Alpenweide und die Weide in Waldungen, für welche gleiche Rechtsverhältnisse und Ordnungen bestehen, richtet sich nicht nach dem Forstgesetz, sondern nach den dafür bestehenden besonderen Ordnungen, Forstgesetz Art. 44.

[51] Forstgesetz Art. 34, 3. Pözl, Commentar zum Weidegesetz 395 und Brater, Comment. zum Forstgesetz 438 nehmen an, daß der Eigenthümer der Einwilligung des Weideberechtigten nicht bedürfe, da ihm nach Weidegesetz Art. 5 jede Veränderung der Kulturart erlaubt sei; s. dagegen Bl. f. A. Pr. XIV. 283 f., wo mit Recht hervorgehoben ist, daß, da nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift die Waldweide nach den Bestimmungen des Forstgesetzes sich richte, die Anwendbarkeit des Art. 35, 3 keinem Zweifel unterliegen könne. Vgl. auch Becher § 60, VIII.

[52] Bl. XXIII. 55 ist ausgesprochen, daß es dagegen keine befreiende Lokalgewohnheit gebe.

[53] Forstgesetz Art. 43.

§ 183.

V. Dienstbarkeiten an Grundflächen [1].

Als solche finden sich:

1. Das Recht, bestimmte Materialien dem Grundstück zu entnehmen, namentlich das Recht, auf dem dienenden Grundstück Steine zu brechen [2], Lehm [3] und Torf [4] zu stechen, Sand zu graben [5], Kalk zu brennen [6]. Das Recht kann als Prädialservitut mit einem herrschenden Grundstück verbunden [7] oder als irreguläre Personalservitut constituirt sein [8]. Auch wenn das Recht als Prädialservitut constituirt ist, ist für die Ausübung nicht nothwendig das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks maßgebend [9].

2. Das Recht, das dienende Grundstück zur Führung einer Wasserleitung zu benützen [10], und das Recht, auf dem dienenden Grundstück eine Dungstätte zu haben [11].

3. Die Befreiung von den Beschränkungen des Nachbarrechts kann als Dienstbarkeit constituirt sein [12].

4. Bestritten ist, ob Beschränkung des Gewerbbetriebs als

---

[1] Nach B.G.B. gelten die allgemeinen Grundsätze.

[2] l. 6 § 1 D. 8. 3; Bayr. L.R. II. 8. 16; Pr. L.R. I. 22. 241; Bl. XVII. 377; Wolfenbüttel 12|2 1878 Sf. XXXIV. 17.

[3] Bayr. L.R. II. 8. 16; Pr. L.R. I. 22. 241; Erk. Berlin 20|2 1851 Sf. V. 142.

[4] Bl. XXIX. 237; Celle 19|5 1852 Sf. XXIII. 215.

[5] § 2 Inst. 2. 3; Bayr. L.R. II. 8. 16; Pr. L.R. I. 22. 241.

[6] § 2 Inst. 2. 3; Bayr. L.R. II. 8. 16; Pr. L.R. I. 22. 240.

[7] Dieß ist in den oben Note 2—4 aufgeführten Fällen gegeben.

[8] Dieß dürfte ebenfalls da anzunehmen sein, wo dem Berechtigten das ausschließliche Nutzungsrecht zusteht Sammlg. III. 134 (Abholzung); IV. 176 (Thon- und Porcellanerde).

[9] Bl. XXIX. 237 und Celle 19/5 1852 Sf. XXIII. 215 (Austorfung); Wolfenbüttel 12/2 1878 Sf. XXXIV. 17 (Steinbruch). A. M. Erk. Berlin 20/2 1851 Sf. V. 142. Sammlg. IX. 65 spricht aus, daß auch bei Constituirung einer Servitut, zum Gewerbebetrieb Lehm zu graben, der Eigenthümer das Mitbenutzungsrecht hat, wenn es nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.

[10] Iter aquae l. 15 D. 8. 3; Elvers, Servituten 404; Bayr. Wassergesetz Art. 89; Sf. XXXI. 14.

[11] Sammlg. II. 3; Bl. E.B. II. 37.

[12] Windscheid § 211 a, 5; Wolfenbüttel 13/11 1866 Sf. XXVIII. 201 (Fabrikrauch); Berlin 29|9 1874 Sf. XXX. 233 (Dunggrube). XXXVI. 264, 265.

Servitut eines dienenden Grundstücks giltig constituirt werden könne [13].

§ 184.

V. Gebäudedienstbarkeiten [1].

Die Gebäudedienstbarkeiten des römischen Rechts beruhen auf der Voraussetzung, daß dem Eigenthümer regelmäßig die Befugniß zustehe, auf seinem Grund beliebig Gebäude aufzuführen, und daß er nur alle Veranstaltungen zu unterlassen habe, welche eine Ueberschreitung der Eigenthumsgrenze enthalten, wenn nicht durch Servituterrichtung die Zulässigkeit zugestanden sei [2]. Das gegenwärtig geltende Recht nimmt insoferne eine abweichende Stellung ein, als auf Grund des Nachbarrechts das Eigenthum mehr beschränkt ist, als dieß nach römischem Recht der Fall war, was namentlich bei dem städtischen Grundbesitz hervortritt, für welchen mehrfache, dem römischen Recht nicht bekannte Beschränkungen dieser Art, namentlich durch die Bauordnungen bestimmt sind. Von der Beobachtung solcher Eigenthumsbeschränkungen kann aber zweifellos durch Bestellung einer Dienstbarkeit befreit werden [3], und es sind daher nach unserem Recht Gebäudedienstbarkeiten auch gegen die Eigenthumsbeschränkungen der statutarischen Bauordnungen gegeben. Als die wesentlichsten Gebäudedienstbarkeiten sind folgende anzuführen:

I. Bauverbote. Schon das römische Recht kennt die gesetzliche Dienstbarkeit, daß der Eigenthümer kein Gebäude errichten darf, durch welches der Dreschtenne des Nachbars der Luftzug entzogen wird [4]. Als Dienstbarkeitsbestellung findet sich das Aus-

---

[13] Ueberhaupt für unzuläßig erklären eine solche Stipulation Erk. Stuttgart 9|6 1863 Sf. XIX. 18 (Conditorei); Celle 12/3 1866 Sf. XX. 106 (Manufakturgeschäft); Stuttgart 14|4 1871 Sf. XXV. 220 (unleidliches Gewerbe). Als Personalservitut lassen ein derartiges Verbot zu Erk. Lübeck 15|7 1850 Sf. VI. 11 (Fabrikanlage) Sammlg. I. 21 (Wirthschaft).

[1] Glück, Commentar X. 68; Elvers, Servituten § 45—49; Windscheid § 211 a; Keller, Pand. § 169 ff.; Dernburg § 244; Schirmer, Ztschr. f. R.G. 12, 161 ff.; Beseler, P.R. § 93; Roth, D. P.R. § 283. Nach B.G.B. gelten die allgemeinen Grundsätze. Bezüglich der Eigenthumsbeschränkungen s. das Nähere oben § 139 ff.

[2] Vgl. oben § 144, 2.

[3] Vgl. oben § 139, 11.

[4] l. 14 § 1 Cod. 3. 34; Bekker, Eigenthumsbeschränkungen 191. Früher nahm man an, daß dieß auf Windmühlen auszudehnen sei; für unzuläßig er-

sichtsrecht (servitus ne prospectui officiatur), die Befugniß zu verlangen, daß auf dem dienenden Grundstück alle Anlagen unterbleiben, welche die Aussicht von dem herrschenden Grundstück aus beeinträchtigen [5].

II. Baubeschränkungen. Als gesetzliche Dienstbarkeiten sind in unseren Statuten folgende begründet:

1. Nach Preußischem Landrecht dürfen neue Gebäude nur drei Werkschuh entfernt von bereits stehenden Gebäuden des Nachbars errichtet werden [6].

2. Nach der Augsburger Bauordnung darf der Eigenthümer seine Traufgerechtigkeit nicht verbauen, wenn das Gebäude auf dem Nachbargrundstück die Traufgerechtigkeit hat, das heißt, zwei Fuß von der Grenzlinie absteht [7].

3. Nach Regensburger Recht muß der Eigenthümer bei Neubauten von dem Nachbarhaus, in dessen Seitenwand sich Fenster befinden, drei Fuß Abstand beobachten [8].

klärt dieß Erk. Celle 1868 Sf. XVI. 98. Nach Pr. L.R. II. 15. 247 ist der Rechtssatz nur für Windmühlen anerkannt und zwar nur für solche, die vor 1819 erbaut sind Förster Eccius § 170, 54. Von anderen wird die Bestimmung als gesetzliche Eigenthumsbeschränkung aufgefaßt Windscheid § 169, 14; Förster Eccius § 170, 54.

[5] l. 15 D. 8. 2; Glück, Commentar X. 127; Erk. Darmstadt 23|6 1876 Sf. XXXII. 305; Bayr. L.R. II. 8. 7 Nr. 3; Pr. L.R. I. 22. 62. 3'.

[6] Pr. L.R. I. 8. 139. Förster Eccius Pr. P.R. § 170, 27.

[7] Augsburg B.O. II. 3. § 35: „Wann jemand in oder außer der Stadt gegen seinen Nachbar einen Bau führen will, da dieser Liecht- und Traff-Gerechtigkeit hat, und der Bau kein Neidbau wäre, so solle der, so den Bau führet, auf seinem eignen Grund zwei Stadt-Werk-Schuh hinter sich fahren, und gegen seinen Nachbar liegen lassen, damit demselben seine Liecht- und Traff-Gerechtigkeit frei und zwischen ihnen beiden vier Schuh weit Raum gelassen bleibe." Vgl. unten Note 30.

[8] Regensburg, W. G.O. XIII. 3 und 4. „So aber auf der seiten gegen einem anstoßenden Nachbarn da zwischen kein gemeine Straffen oder Gassen wäre demselben Nachbarn sein Licht oder Luft, das er zuvor an solcher seiten in seine Behausung gehabt und ohne merklichen sein Schaden nicht gerathen könnte, benommen oder vermacht wurde, da soll derjenige, wie ob stehet, der bauen will, von desselben Wand drei Werkschuh weit Luft und Licht lassen. Wann aber der Nachbar eine blinde Wand oder Mauer hatte, darinnen kein offenes Fenster were, an derselben Wand oder Mauer mag der ander nach vorgehender begrüssung des Nachbarn und vorwissen des Wachtherrn mit seinem Bau wohl auffahren bis zu der obberührten höhe. Gleichwol aber ist hierin zu wissen, wann einem solches durch vertrag oder in andere weeg mit vor-

4. Hieher ist auch die Bestimmung zu rechnen, daß Anlagen in einer gemeinschaftlichen Mauer, welche der Miteigenthümer bis zur Hälfte einseitig machen kann, so eingerichtet werden müssen, daß sie nicht auf diejenigen treffen, die der Nachbar auf der entgegenstehenden Seite bereits angelegt hat [9]. Auf einer Dienstbarkeitsbestellung beruht ferner die servitus altius non tollendi, welche das Recht gewährt, zu verlangen, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht über eine bestimmte Höhe baue [10].

III. Lichtrecht. Gemeinrechtlich hat der Eigenthümer das Recht, Fenster nach der Seite des Nachbarn anzulegen, auch wenn er auf der Grenze baut, kann zwar das Verbauen derselben nicht hindern [11], hiegegen sich jedoch durch Dienstbarkeitsbestellung schützen (servitus ne luminibus officiatur) [12]. Hievon unterscheiden sich diejenigen Statuten, welche die Anlage von Fenstern nach der Seite des Nachbarn beschränken und zwar in folgender Weise:

1. Die Statuten von Nürnberg, Amberg und Mainz verbieten die Anlage von Fenstern nach der Seite des Nachbarn, insoweit nicht eine besondere Befugniß dazu vorliegt [13]. In dem Nürnberger Recht ist dieß näher dahin festgestellt, daß die Befugniß in doppelter Weise

---

wissen und begonstigung E. Erb: Raths benommen und abgestrickt were, daß es bei demselben bleiben und anderst dann mit gutem Willen die Nachbarn darwider nicht gehandelt werden solle."

[9] Pr. L.R. I. 8. 136. Nürnberg Ref. XXVI. 7. Regensburg, W. G.O. XV. 3 Ulm. B.O. VIII. 9. Augsburg B.O. Cap. III. § 3.

[10] Glück, Comment. X. 77. Seuffert, Pandekten § 164, 16. Erk. Celle 2|7 1881 Sf. XVIII. 19. Bayr. L.R. II. 8. 4 und 5.

[11] Pfeiffer, Pr. Ausf. IV. 4; Sammlg. IV. 149; Erk. Jena 29|11 1878 Sf. XXXV. 273; R.G. 18/11 1890 Sf. Arch. XLVI. 170.

[12] l. 4 D. 8. 4; Glück, Commentar X. 93; Vangerow § 342, Anm. 1. 2; Erk. Celle 18/4 1876 Sf. XXXI. 313.

[13] Nürnberg Ref. XXVI. 3. 1. Mainz L.O. VII. 34 oben § 126, 8. Amberg B.O. Art. 7. „So soll nun fürter niemand allhie, er hab trupfenrecht oder nicht, in seinen gibel oder maurn, die sich nach seines nachparn haus dirigirt und lendet, ausserhalb einfallender liecht, einig fenster, daraus er seines nachparn handlung und thun in dem seinen sehen und erfaren möge, machen, es sei dann, das sein nachpar ihme umb merers liechts willen eins oder mehr fenster dermassen zu machen begönstigte, oder das an dem ort zuvor lenger dann dreissig jar ein offen fenster gewesen . . . . ." Bl. LVI. 168. Ueber die jetzige Geltung der Nürnberger Ref. XXVI. vgl. Berolzheimer in Bl. LIII. 230 ff.

erworben werden kann, durch Einräumung einer Dienstbarkeit [14] oder durch dreißigjährige stillschweigende Duldung des Nachbars [15], welch letzteres Verhältniß jedoch das Verbauen von Seite des Nachbars nicht hindert [16], während in dem ersteren Fall die gemeinrechtliche Dienstbarkeit gegeben ist [17].

2. Die Statuten, welche das Licht- und Traufrecht zusammenfallen lassen [18], regeln das Verhältniß des ersteren in folgender Weise:

---

[14] Ref. XXVI. 3. 1. „er hab denn desselben ain bedingte beweisliche Gerechtigkeit."

[15] Ref. XXVI. 3, 2. „Es were dann, das ainer mit geduldben des Nachpaurn, ausserhalb ains Revers oder vergunsts, solche Trüpf oder Liecht dreißig Jar lang herpracht ruigklich gehabt und gepraucht hete, und solchs genugsamlich beweisen möcht, so soll er dabei beleiben, und dieselben auf seins Nachpaurn ersuchen abzuthun oder zuzumachen nit schuldig sein. Doch das er keinerlei unsaubrigkeit herausgieß oder werf."

[16] Ref. XXVI. 3. 3. „Wo aber der Nachpaur auf seinen Grund und poden zu seiner noturft aufpauen wolt, und solche Licht oder Trüpfen verhindern oder verpauen wurde, das soll er zu thun macht haben, ungeacht das es die dreißig oder mer Jahr geduldet worden." Der Ausdruck zu seiner Nothdurft ist nicht als Voraussetzung eines absoluten Bedürfnisses, sondern nur als die eines wirklichen Bedürfnisses im Gegensatz zu einer Bauführung aus bloßer Liebhaberei auszulegen. Bl. XXXV. 352. In Bl. XXXVI. 95 ist ausgeführt, daß der dreißigjährige ruhige Besitzstand den Eigenthümer der Mauer nur in die Lage versetze, in der er sich nach gemeinem Recht befinde, daß er nämlich Fenster nach der Seite des Nachbars haben könne, die dieser jedoch durch Bauführungen auf seinem Grund und Boden beliebig verbauen dürfe. Das gleiche Verhältniß ist für die Bestimmung der Amberger B.O. Art. 7 oben Note 13 anzunehmen. In Erk. Berlin 9/1 43 Sf. II. 139 ist ausgesprochen, daß die Ersitzung der Freiheit von der partikularrechtlichen Beschränkung der Fensteranlegung nach der Nachbarseite nicht an sich die Ausschließung des Nachbars von dem Recht des Anbauens enthalte, daß das letztere vielmehr besonders begründet sein müsse.

[17] Die gleiche Unterscheidung der Servituteinräumung und des dreißigjährigen Besitzstandes macht Amberg B.O. Art. 7 oben Note 13.

[18] Vgl. oben § 144, 16, 17, wo auf diese Gesetze als Eigenthumsbeschränkungen begründend bereits verwiesen ist. Ich gebe erst hier die zusammenhängende Darstellung des ganzen Rechtsverhältnisses. Auch das Nürnberger Recht scheint hieher zu gehören, da die Bestimmung Ref. XXVI. 3, 9: „So aber einer von neuen pauen und hinter sich einige Liecht oder Trupfen haben wollt, der soll zu einer Reihen nit weniger denn drei Stadtschuh ungepaut liegen lassen" mit dem Verbot der Fensteranlegung in Ref. XXVI. 3, 1 in Widerspruch steht. Allein es dürfte dieß nur von den Schlitzfenstern oder „einfallenden Liechten" zu verstehen sein, deren Anlegung auf Seite des Nachbars die Reformation XXVI. 3, 4 gestattet, ohne den Nachbarn am Verbauen zu hindern.

a. Wer in der gesetzlichen Entfernung von der Grenze baut, kann Fenster anlegen und zwar nach den Bauordnungen von München [19], Regensburg [20] und Würzburg [21] unbeschränkt, nach den Bauordnungen von Ulm [22], Memmingen [23] und Augsburg [24] vergittert.

---

[19] München B.O. Art. 28. „Item ain jeder mag auf seinen aigen grundt nach seiner notturft wol pauen, doch anderhalben schuech sol er ligen lassen, wo er ain tropffstal laitten will, das er das wasser auf seinen aigen grundt keren und füeren soll." Art. 33. „Item welcher Tropffstal hat der mag darunter Liecht haben." Das Recht der Fensteranlage ist unbeschränkt. Die Entfernung beträgt einen und einen halben Fuß. Auer, Einleitung CIV.

[20] Regensburg W.G.O. XVIII. „Wer von neuem bauen und hinter sich Liecht oder Tachtropff haben oder behalten will, derselbig soll nicht weniger dann drei Werkschuh gegen seinen Nachbarn zu einer Rinnen lassen." Das Gesetz enthält keine nähere Bestimmung. Da indessen, wie unten Note 35 gezeigt, der Eigenthümer auf der Grenze vergitterte Fenster anlegen darf, so kann, wenn er die Entfernung von drei Fuß einhält, die Fensteranlegung nicht beschränkt sein.

[21] Würzburg B.O. IV. 1. „Wer eine eigene Mauer und darauf ein Dach mit Triefrecht hat, der darf darein nach Belieben Luft- und Lichtlöcher machen lassen, wann er schon durch solche Fenster und Oeffnungen seinem Nachbarn in das Haus Hof oder Garten sehen kann." Dieß erstreckt sich jedoch nicht auf Giebelmauern, in welchen der Eigenthümer ohne Einwilligung des Nachbarn keine Fenster anlegen kann. B.O. III. 1. „Es ist eine alte, von vielen hundert Jahren her beobachtete Regel, daß ein Giebel kein Luft- noch Licht- noch Winkelrecht habe und mit sich bringe, daher auf jener Seite eines Hauses, wo eine Giebelmauer gegen den Nachbarn stehet, darf der Besitzer des Hauses ohne seines Nachbarn Einwilligung weder Luft noch Lichtlöcher und gar keine Fenster auch unten am Boden keine Thüre ausbrechen einrichten noch behalten, und legt ihm kein Winkelrecht bei, daher ist es dem Nachbar erlaubt an jene Giebelmauer anzubauen und senkelrecht aufzufahren." Die Ersitzung des Rechts zur Fensteranlage in Giebelmauern gewährt noch nicht ein Verbietungsrecht gegen das Anbauen des Nachbarn Bl. XXXV. 267.

[22] Ulm B.O. X. 3. „Hätte aber einer gegen seines Nachbarn Hauß Hof oder Garten Trauffrecht, so ist er wol befugt seiner Gelegenheit nach Liechter gegen solchem seinem Nachbarn zu richten, entgegen aber schuldig, auf jederzeit begehren seines Nachbarn (sonderlichen wo er mit außschütten, außwerffen oder in andere Weg sich Unnachbarlichen verhalten sollte) alle Liechter außerhalb der Stuben und Rohrlöcher der Stattrecht nach mit eisernen Gätter da die Sprossen eines halben Schuchs weit Creutzweiß von einander zu vergättern und auf seinen selbs Kosten zu underhalten." X. 4. „Da aber ihme der Nachbar die Bewilligung thäte solche Liechter mit hülzenen Gättern zu vermachen solle ihme dasselbige auch zugelassen sein, doch daß er solche hülzen Gätter wol vernageln solle, damit selbige nicht wider hinweg gethan werden mögen:

b. Der Eigenthümer kann sein Traufrecht verbauen und zwar unbeschränkt nach den Bauordnungen von München[25], Würzburg[26], Ulm[27] und Memmingen[28], nach Augsburger Recht jedoch nur, wenn nicht bereits ein Haus mit Traufgerechtigkeit auf dem Nachbargrundstücke steht[29], und nach Regensburger Recht nur, wenn nicht bereits ein Haus mit Fenstern auf der Grenze steht[30].

c. Bei dem Bauen auf der Grenze darf der Eigenthümer nach den Bauordnungen von Ulm und Memmingen nur blinde Mauern aufführen[31]; nach Münchner Recht darf er einfallende Lichte[32],

---

da er sich aber nicht nachbarlich verhielte und der Nachbar sich deßwegen beklagen wurde, so solle er schuldig sein die hülzenen Gätter hinweg zu thun und an statt derselben der Stattrecht nach eyserne Gätter machen zu lassen."

[23] Memmingen B.O. XIV. 3 und 4 ist mit Ulm B.O. X. 3 und 4 wörtlich gleich.

[24] Augsburg B.O. II. 3. 38. „Wann nun einer mit solchem neuen Bau seines Grunds zwei Werkschuh gewichen, also daß zwischen ihm und seinem Nachbar ein leerer Platz oder Reihe von vier Werkschuh liegen geblieben, so darf der, so den neuen Bau geführt, nicht allein sein Traff auf seine zwei Schuh fallen lassen oder einen Nuft anhängen, sondern auch Liechter nach Nothdurfft einsetzen, doch daß sie nicht gerad gegen seines Nachbars Liechter überstehen, sondern abweichen und vergättert sein."

[25] Auer, Einleitung C.

[26] Würzburg B.O. IV. 2. „Würde aber einer mit solchen Mauern sein Winkelrecht verbauet haben, so muß er nebst dem, daß er, wie oben § 5 von dem Dach gesagt worden, seinen Dachtrief selbst ausführe, auch noch ferner die in diese seine Mauer zu machende Fenster nach Stadtrecht vergittern, d. i. die Gitter müssen vier Zoll hoch und vier Zoll weit sein."

[27] Ulm B.O. X. 5. „Wollte aber der Inhaber des Hofs oder Gartens solchen seinen Platz dessen er dann (wo derowegen nicht sondere Brief so ihme solches verbieten vorhanden) wol Fug und Macht hat mit samt seinem habenden Traufrecht verbauen, so soll er seinem Nachbarn, so also Traufrecht gegen ihme hat, zween hiesiger Werkschuh liegen lassen und schuldig sein eine blinde steinerin Giebelmauer gegen seinem Nachbarn aufzuführen."

[28] Memmingen B.O. XIV. 5 ist wörtlich gleich mit Ulm B.O. X. 5.

[29] Augsburg B.O. II. 3. 35 oben Note 7. Steht kein solches Gebäude da, so kann der Eigenthümer sein Traufrecht verbauen B.O. II. 3. 36.

[30] Regensburg W. G.O. XIII. 3 und 4 oben Note 8.

[31] Ulm B.O. X. 5 und Memmingen B.O. XIV. 5 oben Note 27 und 28, dann Ulm B.O. XII. 2 und Memmingen B.O. XVI. 2. „Wäre der Winkel vier fünf oder mehr Schuh durchaus weit, so mag der so sein Traufgerechtigkeit verbauen will, den halben Winkel verbauen . . . aber ein Gibelmauer aufführen . . ."

[32] München B.O. Art 32 „Item ain jeder mag in sein freye maur,

nach Würzburger Recht[33] vergitterte Fenster anbringen. Das letztere scheint auch dem Augsburger Recht zu entsprechen[34]. Nach Regensburger Recht darf er vergitterte Fenster anbringen, insoferne nicht früher bestandene Fenster erneuert worden sind[35].

d. Wer sein Traufrecht verbaut hat, kann den Nachbar nicht hindern, auf der Grenze zu bauen, demnach auch die Fenster in der Nachbarwand zu verbauen[36]. Eine Ausnahme ist begründet

---

die nit tropfstäl hat, einfallende Liecht haben und machen, doch das er seinem Nachbarn durch solche fenster keinen ungemach weder mit giessen noch werfen thun soll." Die Meinung von Kreittmayr, Anm. b zu L.R. II. 8. 7, daß nach Münchener Recht der sein Traufrecht verbauende in der Fensteranlegung unbeschränkt sei, ist widerlegt von Auer, Einleitung CIV. Ueber den Begriff der einfallenden Lichte s. ebenda CIV. Nr. 3 und 4.

[33] Würzburg B.O. IV. 2 oben Note 26. Ueber die Ausnahme bei Giebelmauern s. oben Note 21. Der Eigenthümer, der sein Traufrecht verbaut, ist indessen nach Würzburger Recht nicht verbunden, eine Giebelmauer anzulegen.

[34] Die Augsburger B.O. verbietet das Verbauen des Traufrechts nur gegenüber einem Gebäude, das Traufrecht hat, oben Note 7. Ueber die Fensteranlage auf der Grenze enthält die B.O. keine Bestimmungen, sie muß daher gestattet sein. Die Nothwendigkeit der Vergitterung ergibt sich aus dem oben Note 24 Angeführten.

[35] Regensburg W. G.O. XIII. 3 und 4 oben Note 8. Der in Art. 3 angeführte Fall scheint hiernach als ein Verzicht des Eigenthümers auf die Fensteranlagen ausgelegt zu sein.

[36] Auer, Einleitung CV. 2. Ulm B.O. I. 3 und Memmingen B.O. IV. 3: „So einer an seines Nachbarn Hauß oder blinden Wand (da sein Nachbar weder zu Luft, Liecht oder Trauff Gerechtigkeit hätte) bauen wollte, der mag auf solchem seinem eignen Grund hart an seinem Nachbarn mit einer steinern Mauer aufs wenigst eines halben Riegelsteins dick wol auffahren und denselben seinen eigenthümlichen Boden gar einnemen und verbauen unverhindert seines Nachbarn Liechts, jedoch mit solchem Anhang, daß solche Gebäu also gericht werden, daß unsere verordnete Baugeschworne hierunter sonderlich in Feuersnöthen kein Bedenken haben noch tragen." Ulm B.O. X. 2 und Memmingen B.O. XIV. 2. „Entgegen hat der Inhaber des Hauses, Hofs, Gartens oder Eigenthümlichen Winkels wol Macht (wo es ihm nicht durch Verträg, Contrakt, Urtheil oder Spruch verwöhrt) zunechst oder hart an ihm seinem Nachbarn, so kein Trauff Gerechtigkeit ob er gleich Liechter gegen ihm hätte, aufzufahren und zu bauen, das Trauff aber auf sich zu richten." Augsburg B.O. II. 3. 36: „Woferne aber einer gegen seinen Nachbar weder Liecht noch Traufgerechtigkeit oder erweißlich nur Vergunstlichter und seinen Grund vollig innen hätte, so hat derselbe den Andern, so bauen will, nicht Macht zu hindern; es ist auch dieser nicht schuldig ermelte zwei Werkschuh liegen zu lassen, sondern er mag seiner Gelegenheit nach sein Gebäu hart an des Nachbars

nach Regensburger Recht, welches den Anbau nur an blinde Wände erlaubt [37].

Das durch diese Statuten begründete Rechtsverhältniß weicht daher von den gemeinrechtlichen Bestimmungen nur insoferne ab, als einzelne Statuten nach der Seite des Nachbarn ein Lichtrecht nur mit vergitterten Fenstern geben [38] und das Bauen auf der Grenze nur mit blinden Mauern oder vergitterten Fenstern gestatten [39]; es ist als gesetzliche Eigenthumsbeschränkung aufzufassen, von der durch Errichtung einer Dienstbarkeit befreit werden kann, während die Statuten von Augsburg und Regensburg den schon bestehenden Gebäuden eine gesetzliche Dienstbarkeit geben [40].

3. Nach Preußischem Recht ist die Anlage von Fenstern nach der Seite des Nachbarn gesetzlich nicht beschränkt [41]; nur wenn ein Gebäude unmittelbar an des Nachbars Hof oder Garten steht, sollen Oeffnungen, wo es die Umstände gestatten, 6′ von dem Boden des Zimmers oder Behältnisses erhöht, immer aber vergittert werden, von welcher Eigenthumsbeschränkung durch Bestellung einer Dienstbarkeit befreit werden kann [42]. Außerdem gewährt das

---

Mauer aufführen ohne Widerrede, es könnte dann dieser briefliche Urkunden dagegen auflegen und dadurch ein anderes erweisen." Würzburg B.O. IV. 4. „Gehört aber dem einen Nachbarn die Mauer ganz eigenthümlich, so darf der andere Nachbar nicht daran anbauen, keine Balken oder Sparren auflegen und kein Kuchen- oder anderes Feuer daran machen, sondern er müßte sich auf seinem Grund und Boden besonderes gegen seinen Nachbar verwanden d. i. eine besondere Mauer an des andern Nachbars Mauer aufführen, wenn aber dieser letztere über seine eigene Mauer gegen den ersteren Nachbar ein Winkel- oder Dach-Triefrecht hat, so ist dem ersteren Nachbarn als solches zu thun nicht erlaubt."

[37] Regensburg W.G.O. XIII. 3 und 4 oben Note 8.

[38] S. oben Note 22—24.

[39] S. oben Note 33—35.

[40] Vgl. oben Note 7 und 8.

[41] Pr. L.R. I. 8. 137: „Um Licht in sein Gebäude zu bringen, kann ein jeder Oeffnungen und Fenster in seine eigne Wand oder Mauer machen, wenn dieselben gleich eine Aussicht über die benachbarten Gründe gewähren." Z. A. B. III. 184 ist ausgesprochen, daß die hier als Regel bestimmte Fensterfreiheit nur durch die singulären Bestimmungen des Pr. L.R. I. 8. 138 zu Gunsten von Höfen und Gärten beschränkt ist, was nicht auf Reihen d. h. die Zwischenräume zwischen zwei Häuser ausgedehnt werden kann, womit auch die Preußische Praxis übereinstimmt Förster Eccius Pr. P.R. § 170, 33.

[42] Pr. L.R. I. 8. 138; Förster Eccius § 170, 32.

Preußische Recht den seit zehn Jahren bestehenden Fenstern eines Hauses die gesetzliche Dienstbarkeit, daß der Neubau des Nachbarn so weit zurückweichen muß, daß der Eigenthümer aus den geöffneten Fenstern den Himmel sehen kann (jus prospectus coeli)[43]. Die nicht seit zehn Jahren bestehenden Fenster haben keinen andern Schutz als den der Entfernung der Neubauten von älteren Gebäuden anzusprechen[44].

IV. Rechte an fremden Grundstücken. Hier finden sich folgende Dienstbarkeiten:

1. an der Mauer des Trammrecht (servitus tigni imittendi) als das Recht, in die Wand des Nachbars Balken des eignen Hauses einzuschieben und dort ruhen zu lassen[45], und das Recht, auf die Mauer des dienenden Grundstücks etwas aufzubauen (servitus oneris ferendi), wobei der Eigenthümer des letzteren das tragende Bauwerk unterhalten muß[46]. Das Preußische Landrecht verbindet die

---

[43] Pr. L.R. I. 8. 142. 143: „Sind jedoch die Fenster des Nachbars, vor welchen gebauet werden soll, schon seit zehn Jahren oder länger vorhanden, und die Behältnisse, wo sie sich befinden, haben nur von dieser Seite her Licht, so muß der neue Bau so weit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenstern des untern Stockwerks den Himmel erblicken könne. Hat in diesem Falle das Gebäude des Nachbars, in welchem die Fenster sich befinden, noch von einer andern Seite Licht, so ist es genug, wenn der neue Bau nur soweit zurücktritt, daß der Nachbar aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerks den Himmel sehen könne." Förster Eccius § 170, 34; Dernburg, Pr. P.R. I. § 221, 11; Erk. R.G. 8/4 1880 Entsch. II. 54; Sammlung I. 59.

[44] Pr. L.R. I. 8. 144; Förster Eccius § 170, 38.

[45] l. 9 § 1. 2 D. 8. 5; Glück, Comment. X. 7. 3. Bei der servitus tigni immittendi hat gemeinrechtlich der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht die Pflicht der Unterhaltung der Wand, diese liegt vielmehr dem Berechtigten ob l. 6 § 2 l. 8 § 2 D. 8. 5; Windscheid § 211a, 3, 6; damit übereinstimmend Bayr. L.R. II. 8. 2. „Vermög des Balken- oder Tramm-Rechts ist man zwar befugt, einen Tramm oder Balken in des Nachbars Mauer einzuschieben, damit er alldort ruhe, wenn aber an dem Tramm selbst oder an der Mauer eine Reparatur vonnöthen ist, so tragt der Dominus praedii dominantis die Kösten, und muß sich bei der Erneuerung allzeit wiederum nach der vorigen Bauart richten."

[46] l. 5 § 2 l. 8 § 2 D. 8. 5; Zaun, A. f. C. Pr. XLIII. 301; Glück, Commentar X. 16. 70; Erk. Jena 15/12 1886 Sf. 42, 193. Windscheid § 211a, 3; Vangerow § 342, Anm. 2; Dernburg § 244 Nr, 1; Bayr. L.R. II. 8, 3: „Das Recht auf des andern Mauer oder Untergebäu etwas legen oder bauen zu dürffen gehet weiter als das Trammrecht und ist der Dominus praedii servientis schuldig,

beiden Dienstbarkeiten mit gleicher Verpflichtung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks [47]. Als servitus luminum wird die Dienstbarkeit unterschieden, in einer fremden Mauer ein Fenster zu brechen, um dem eignen Gebäude Licht zuzuführen [48];

2. an dem Luftraum des fremden Grundstücks das Recht, einen Ausbau in die Luftsäule des Nachbarn ragen zu lassen (servitus projiciendi vel protegendi) [49], und das Recht, den Rauch in größerem

---

verstandenes Untergebäu auf eigne Kosten zu unterhalten, oder da er sich hierzu nicht einverstehen will, das ganze Praedium serviens an den Dominum praedii dominantis zu überlassen. Die während der Reparation des Untergebäu zu Unterstützung des oberen erforderliche Kosten hat dieser letztere zu bestreiten." Regensburg W. G.O. XI. 4. „So aber einer einen Keller Gewölb oder ander Gemach unter seinem Nachparn gehabt, derselb soll dasselbig sein Untergemach nottürftiglich versorgen, also daß der ander auch sein Notturft darauf bauen möge, nach der Statt Recht, doch mit solcher Beschaidenheit, daß einer dem andern und zumal der Ober dem Untern nicht merklichen beschwehre, alles nach Erkandtnuß des Wachtgerichts."

[47] Pr. L.R. I. 22. 55. 58; Förster Eccius § 187, 85. — Das B.G.B. § 1022 sagt ganz allgemein: „Besteht die Grunddienstbarkeit in dem Rechte, auf einer baulichen Anlage des belasteten Grundstücks eine bauliche Anlage zu halten, so hat, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, der Eigenthümer des belasteten Grundstücks seine Anlage zu unterhalten, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Auf eine solche Unterhaltungspflicht finden die Vorschriften über Reallasten entsprechende Anwendung."

[48] l. 40 D. 8. 2; l. 8 Cod. 3. 34; Windscheid § 211 a, 8; Vangerow § 342, Anm. 1. 2; Bayr. L.R. II. 8. 7. „Dafern jemand . . . die Oeffnung in seiner eigenthümlichen oder gemeinschaftlichen Wand leiden muß . . . so wird das erste servitus immittendi luminis vel fenestrarum . . . genannt." Regensburg W. G.O. XIV. 2. „Als nemblich und zum Ersten, wann die Mauer oder Wand dardurch jemands gegen einem andern seinen Nachbarn Fenster zu brechen für hat, demselben seinem Nachbarn allein zugehörig oder auch ihr beeder gemein ist, so hat er das wenigste Loch oder Fenster zu andern Sachen durchauß zu brechen nit macht anderst dann was und wie ihme dasselbige sein Nachbar auß gutem willen doch gleichwohl auch ohne sonderbare ärgernuß seiner Behausung solches vergont und zuläßt." Andere halten die servitus luminum für identisch mit der servitus ne luminibus officiatur oben Note 12.

[49] l. 1 pr. l. 2 D. 8. 3; Glück, Comment. X. 74. 75; Erk. Wolfenbüttel 24|2 1865 Sf. XX. 17; Bayr. L.R. II. 8. 6. „Wenn jemand von seiner Wand mittels eines freien Erkers, Wetterdachs oder anderen dergleichen weder in fremde Wand eingeschoben- noch darauf ruhenden Gebäu in des Nachbars

als dem gesetzlichen Maß in das Nachbargrundstück einzuleiten (servitus fumi immittendi)[50].

3. Die Dienstbarkeit des Wasserablaufs. Hier findet sich

a. das Traufrecht. Gemeinrechtlich ist der Eigenthümer nur insoferne beschränkt, als er keine Veranstaltungen treffen darf, durch welche Flüssigkeiten auf das Grundstück des Nachbarn abgeleitet werden[51]. Er kann daher eine Dachtraufe nach der Seite des Nachbarn nur anbringen, wenn das ablaufende Wasser weder direkt noch indirekt auf das Nachbargrundstück geleitet wird. Befreit wird er von dieser Verpflichtung durch Bestellung einer Dienstbarkeit, in Folge deren der Nachbar dulden muß, daß das tropfenweise vom Dach fallende (servitus stillicidii)[52] oder in Rinnen gesammelte (servitus fluminis recipiendi)[53] Regenwasser auf sein Grundstück sich ergießt. In den Bayrischen Statuten ist das Traufrecht analog mit den Vorschriften über das Lichtrecht geregelt[54]; demnach verbieten die Statuten von Nürnberg und Amberg die Anlegung von Traufen nach der Seite des Nachbars und lassen sie nur auf Grund einer besonderen Dienstbarkeitsbestellung zu[55]. Die Statuten

Hof Garten oder Grund hinauszufahren berechtigt ist, so heißt es Servitus projiciendi vel protegendi, woraus aber weder das Jus Stillicidii noch Aquae immittendae gefolgert werden kann. Wol hingegen folget sowol aus ein- als anderen, daß der Nachbar die in seinem Grund hinüber hangende Aest des auf dem Praedio dominante stehenden Baums nicht abhauen darf, wie er dessen sonst ohne sothaner Servitut wol berechtiget wäre."

[50] l. 8 § 5. 7 D. 8. 5; Glück, Comment. X. 137.

[51] Vgl. oben § 135, 118.

[52] § 1 Inst. 2. 3; Erk. Rostock 3/6 1873 Sf. XXXII. 113; München 24/2 1879 Sf. XXXIV. 281; 7/5 1880 Sf. XXXV. 276; Bayr. L.R. II. 8. 8. „Das Traufrecht kann sich sowohl aktive als passive ergeben, da man nemlich das Tach-Trauf von seinem Haus oder Gebäu in dem benachbarten Grund fallen zu lassen entweder befugt, oder aber verbunden ist. Mit der Servitute fluminis hat es die nemliche Beschaffenheit, wie mit dem Traufrecht, und ist kein anderer Unterschied, als daß eines Tropffenweis das andere aber Flußweis durch Canal oder Rinnen zu gehen pflegt."

[53] l. 17 § 3 l. 20 § l. 3 D. 8. 2; Glück, Commentar X. 124; Windscheid § 211. a. 1; Bayr. L.R. II. 8. 9. (s. Nt. 26.)

[54] Vgl. oben Ziff. III.

[55] Nürnberg Ref. XXVI. 3, 1. oben Note 14. Amberg, B.O. Art. 13. „Dazu soll auch niemand von seinem Haus, Stall oder andere Pau die Trupff in seines Nachbarn Hof oder uff desselben Gepeu fallend richten er hab dann solche Gerechtigkeit wie Recht von Alter hergebracht oder aber mit gutem Willen erlangt."

von München, Regensburg, Würzburg, Ulm, Memmingen und Augsburg gestatten dem Eigenthümer die Anlegung von Traufen nach der Seite des Nachbars bei Einhaltung des gesetzlichen Abstandes, wobei er das Wasser ablaufen lassen darf, ohne daß er auf das Nachbargrundstück weiter Rücksicht zu nehmen hat[56]. Jeder der Eigenthümer kann dabei sein Traufrecht verbauen. Geschieht dieß von beiden Seiten, so kann keiner die Traufe nach der Seite leiten[57]; verbaut nur der eine Eigenthümer sein Traufrecht, so hat er kein Verbietungsrecht gegen den Bestand des Traufrechts in dem

[56] München B.O. Art. 28 oben Note 19, Auer, Einleitung CIII; Regensburg W. G.O. XVIII. oben Note 20; Würzburg B.O. I. 4: „Hätte jemand auch erstbesagter massen seine anderthalb Schuhe verbauet und der Nachbar wollte auf seinen daran stoßenden Garten oder Hof ebenfalls ein Haus aufbauen, dabei aber seiner Seits auf den Boden anderthalb Schuhe frei lassen, so wäre der erstere schuldig auch seines Nachbars Regenwasser oder Dachtropfen zu übernehmen und also abzuführen, daß das Rohr an seinem Haus vestgemacht, gleichwohl aber des Nachbarn Regenwasser auf seine freigelassene anderthalb Schuhe im Grund und Boden oder Winkel abgeleitet und allda ausgeführt würde." V. 1: „In dem Artikel vom Dach ist auch verschiedenes von dem Winkelrecht vorgekommen, welches besteht in einem drei Schuhe breiten Platz zwischen zwei Häusern, von welchen das Regenwasser in die Mitte des Platzes abfällt; wann also jemand neben seinem Nachbarn bauen will, und der Nachbar sein Dachtrief zu anderthalb Schuhe schon hat, so muß der neuerlich Bauende ebenfalls anderthalb Schuhe Platz frey und unbebauet liegen lassen, worauf sein Regenwasser abfallen könne; wann er aber sein Winkelrecht verbauen wollte, so müßte er mit Uebernehmung und Ausführung des Regenwassers sich verhalten, gleichwie oben vom Dach § 5 gesagt worden ist." Ulm B.O. XII. 1. und Memmingen B.O. XVI. 1: „Demnach von etlichen Jahren hero vielfältig zugelassen worden, wo zwischen zweyen Nachbarn ein gemeiner Winkel, ihnen beyden gehörig, gelegen, daß der ein oder ander Nachbar sein Trauffs-Gerechtigkeit und also den halben Winkel verbauen mögen, dadurch aber seinem Nachbarn großer und merklicher Schaden begegnet und widerfahren indem vielmalen der gemeine Winkel die vier Werkschuh nicht gehabt . . ." Augsburg B.O. II. 13: „Wo zwei Nachbarn zwischen ihren Häusern mit einander eine gemeine oder gemeinschaftliche Reyhe haben, sie seie so weit sie wolle, und also auch beyde darinnen die Liecht und Traffgerechtigkeit geniessen, so mögen sie, da sie miteinander zufrieden, zu beyden Theilen von ihren Häusern und Hof-Stätten all ihr Dach-Traff, Himmel- Hof- Bronnen- Wäsch- Bad-Stuben und anderes Wasser durch eine Mitte in derselben gepflästerte oder gemeinschaftlich-hölzerne Rinnen, so zu beiden Seiten eine gute Thal-Neigung und rösches Gehäng hat, auch mit Letten wohl beschlagen ist, ohne Hindernus ausführen."

[57] Würzburg B.O. I. 5. Ulm B.O. XIII. 1. Memmingen B.O. XVII. 1.

Nachbargrundstück [58]. Das Traufrecht gewährt nur Anspruch auf Abfluß des Regenwassers [59].

b. Das Ausgußrecht (servitus cloacae) [60], vermöge dessen der Eigenthümer das Abfallwasser auf das Nachbargrundstück leiten darf.

4. Das Durchgangsrecht. Die Wegegerechtigkeit kann auch an städtischen Grundstücken begründet sein und ist dann zweifellos als städtische Grunddienstbarkeit anzusehen [61]. Das Recht, durch ein Haus zu gehen oder zu fahren, gibt nicht das Recht, zu verlangen, daß das Thor zur Ausübung der Dienstbarkeit beständig geöffnet sei, vielmehr ist der Berechtigte verpflichtet, dasselbe bei Ausübung der Gerechtigkeit zu öffnen und zu schließen [62]. Ist ein Recht der Durchfahrt durch ein Thor eingeräumt, so darf nach Preußischem Landrecht der Eigenthümer die Durchfahrt nicht verkleinern [63].

---

[58] Würzburg B.O. I. 4. oben Note 56.

[59] Ulm B.O. XI. 7: „Wann sich dann auch vielmaln begibt, daß ein Nachbar schuldig ist seinem Nachbarn das Trauff- und Himmel-Wasser von seinem Höflin oder Winkel auf- und durch das seinig lauffen zu lassen: so soll doch derselbig, so solche Gerechtigkeit hat das Höfflin oder Winkel sauber halten, weder Mist oder andere Unsauberkeit darein nicht legen; weil sein Nachbar anders als Trauff- und Himmel-Wasser auf das seinig lauffen zu lassen nicht schuldig." Amberg B.O. Art. 13: „Doch soll keiner, er hab uff einen andern trupffenrecht oder nit, kein unrein geschmeiß spilach oder ander unrein wasser in seines nachparn hoff oder garten giessen, werfen oder lenden, er sey dann deß aus krafft einer Dienstbarkeit befugt." Erk. Jena 19/3 40 Sf. IV. 209.

[60] l. 7 D. 8. 1; Glück, Commentar X. 130; Lang, Sachenrecht § 86, 11; Erk. Jena 19/3 1840 Sf. IV. 209; München 8/5 1876 Sf. XXXII. 307; Bayr. L.R. II. 8. 10; Pr. L.R. I. 22. 59. Amberg B.E. Art. 13: „Ob aber jemandt, auch die gerechtigkeyt het das spielwasser oder dergleichen durch rören oder sonsten uff in oder durch eins andern grundt auszuschitten oder auszufüren, soll er doch dahin nicht schitten oder giessen ingewayd von thieren, vögeln noch ander übelriechendt unsauberkeyt, sondern soll sich derselben seiner gerechtigkeyt nachparlicher und gebürlicher maß gebrauchen." Gemeinrechtlich ist zum Schutz des Interdictum de cloacis gegeben Windscheid § 164, 14; Sintenis, C.R. § 65, 43; Arndts § 192 Nr. 2 d; Dernburg § 257, 17, 18.

[61] Kreittmayr, Anm. c zu Bayr. L.R. II. 8. 11. „und falls der Durchgang auf einem Haus oder praedio urbano haftet, so ist es auch . . . keine servitus rustica sondern vielmehr urbana." Förster Eccius § 187, 111.

[62] Erk. Dresden 2/5 1856 Sf. XII. 7; Oldenburg 1858 Sf. XVIII. 211; Bl. XXXI. 252.

[63] Pr. L.R. I. 22. 76. Vgl. dazu Bl. VI. 355.

Caput 2.

Die Reallasten [1].

Titel I.

Allgemeine Grundsätze.

§ 185.

I. Begriff.

Reallasten [2] sind wiederkehrende Leistungen, welche in der Art mit einem Immobile in Verbindung gebracht sind, daß die Ver-

[1] Vgl. Seuffert, das Baurecht und die Reallasten 1819; Duncker, die Lehre von den Reallasten 1837; Renaud, Beitrag zur Theorie von den Reallasten 1846; Friedlieb, Rechtstheorie der Reallasten 1860; Mann, Untersuchungen über den Begriff der Reallasten 1869/72; Heimbach, Reallasten R.L. IX. 28; Häberlin, die rechtliche Natur der Reallasten Z. f. D. R. XVIII. 131; Gerber, zur Theorie der Reallasten Abh. 213—260; Meibom, Realschulden und Reallasten Bekker, Jahrb. IV. 442; Brinck, die Bestellung dinglicher Rechte an fremden Immobilien, 1878; E v. Schwind, die Reallastenfrage in Iher. Jhrb. 31 S. 1—148; Kyllmann, Ist die Reallast ein dingliches Recht, 1892; Pflüger über die rechtliche Natur der Reallasten im Arch. f. civ. Pr. 81 S. 292 ff.; Eichhorn, P.R. § 161—167; Mittermaier, P.R. § 172—199; Maurenbrecher, P.R. § 319—346; Gerber-Cosack, P.R. § 163—172; Gengler, Lehrbuch § 70 bis 79; P.R. § 73 ff.; Beseler, P.R. § 96; Stobbe, P.R. § 100—105; Francken, P.R. § 36; Stobbe-Lehmann §§ 137—143; Becher § 91—93; Förster Eccius § 188; Dernburg, Pr. P.R. I. § 305—311; Platner, Sachenrecht § 63; Bertram, P.R. 329—331; Schleswigholstein: P.R. § 70. 71; (1) Müller, Beiträge 1878; Reyscher, Württ. P.R. § 254—279; Lang, Sachenrecht § 132—150; Unger, Ö. P.R. § 63; Randa, Besitz § 24, 37. Eine Uebersicht über den gegenwärtigen Bestand des Instituts gibt Neubauer, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Rechts der Reallasten 1879 44—76. §§ 1105—1112 B.G.B.; §§ 1088—bis 1095 R.T.B.; §§ 1014—1021 II. E.; §§ 1051 bis 1061 I. E. (dazu die Litteraturangaben bei Reatz, Litteraturbericht 1895 S. 41); M. I. Bd. III. S. 572—594; Krech S. 106—109; Reatz S. 534—537; Jakubezky S. 263—267; Stobbe-Lehmann § 141.

[2] Der Ausdruck gehört erst der neueren Rechtssprache an; zuerst wurden die betreffenden Institute von Mittermair, Einleitung in das Studium des Deutschen Privatrechts 1812 S. 190 unter dieser Bezeichnung zusammengestellt; doch findet sie sich schon früher im Pr. L.R. I. 20. 154. Auch bei Kreittmayr, Anm. 5 zu Bayr. L.R. IV. 7—33 begegnet der Ausdruck Onera realia. Früher wurden die Reallasten nicht als einheitliches Rechtsinstitut aufgefaßt Förster Eccius § 188, 8.

pflichtung dazu dem jeweiligen Eigenthümer obliegt[3]. Diese kann in einem Dulden[4], Geben oder Handeln, nach **B.G.B.** auch in einem Unterlassen[5] bestehen. Es ist dabei weder Regelmäßigkeit der Leistung durch Wiederkehr zu bestimmten Zeiten[6], noch unbeschränkte Dauer des Verhältnisses[7] vorausgesetzt. Reallasten im technischen Sinn[8] sind nur diejenigen Leistungen, die auf einem Privatrechtstitel beruhen, also nicht die Eigenschaft von öffentlichen Abgaben haben[9], und die eine

---

[3] Verpflichtet zur Leistung ist der Eigenthümer Müller, Beiträge 4, 4; Gerber, P.R. § 169, 2. Ausnahmsweise kann die Verpflichtung auch dem Nutzungsberechtigten obliegen vgl. unten § 189, 192. B.G.B. § 1105: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind."

[4] Regelmäßig wird als Unterscheidungsmerkmal der Reallasten angeführt, daß sie in einer Leistung bestehen; allein es bildet dieß nur die Regel und darf keinesfalls als allgemeine Voraussetzung angesehen werden. So bestand ursprünglich das Zehntrecht nur in der Befugniß der Zehntung durch den Zehntherrn s. unten § 189. Auch dem neueren Recht ist dieß nicht unbekannt. So kann der Auszug ganz oder theilweise in Bestellung einer persönlichen Dienstbarkeit bestehen unten § 189, 162, und die Verpflichtung zur Faselviehhaltung hat den Inhalt einer Prädialservitut unten § 189, 182. Nicht zu billigen ist, daß Renaud, R.L. 25 dieß generalisiren und die Reallasten allgemein als zu einem Dulden verpflichtend hinstellen will.

[5] § 1105 mit § 241 B.G.B. Anders § 1052 I. E. Bestehen die Leistungen in regelmäßig wiederkehrenden Geldleistungen, dann handelt es sich nach B.G.B. nicht um eine Reallast, sondern um eine Rentenschuld, für welche die Vorschriften der §§ 1199—1203 B.G.B. gelten. — Ueber Beschränkungen durch die Landesgesetzgebung s. oben § 167, B und Reatz S. 534 Nt. 1.

[6] Duncker, R.L. 59. Samml. XIV. 236. Vgl. hieher die Fälle des § 1021 II, § 1022 B.G.B.

[7] Dieß wird von Manchen als erforderlich erachtet, so Bl. XXXVI. 248. Dagegen Samml. XIV. 236. Allein die Unrichtigkeit der Ansicht ergibt sich schon daraus, daß der Altentheil ganz gewöhnlich als Reallast constituirt wird Erk. Berlin 27/3 1879 Sf. XXXV. 47 vgl. unten § 189, 165. Vgl. hieher die Fälle des § 914 II (Ueberbaurecht) und des § 917 II (Nothweg) B.G.B.; Stobbe-Lehmann § 137, 6.

[8] Früher bezeichnete man als Reallasten alle dinglichen Lasten einer unbeweglichen Sache, und unterschied daher Reallasten im engeren und weiteren Sinn s. Duncker, R.L. 57; Unger, Ö. P.R. § 63, 2; Müller, Beiträge § 7, 4. Jetzt wird dieser Sprachgebrauch kaum mehr vorkommen.

[9] Die auf Bestimmungen des öffentlichen Rechts beruhenden Leistungen

selbstständige, nicht von einem andern Rechtsverhältniß abhängige Verpflichtung enthalten, also nicht die Eigenschaft von Gegenleistungen haben [10].

Ueber die rechtliche Natur der Reallasten herrscht seit lange Meinungsverschiedenheit; die verschiedenen Meinungen lassen sich in folgende Categorien eintheilen [11]:

1. Die eine Categorie läugnet die Dinglichkeit der Reallasten und erklärt sie grundsätzlich für Obligationen und zwar theils als ein mit einer Hypothek an der belasteten Sache verbundenes Forderungsrecht [12], theils als dingliches Forderungsrecht [13], theils als subjektiv dingliches

---

an Staat und Gemeinden und die auf Staatsgesetzen beruhenden Verpflichtungen zu Handlungen im öffentlichen Interesse (Steuern, Landfolge, Gemeindelast) sind nicht als Reallasten im technischen Sinn aufzufassen Renaud, R.L. 50; Unger, Ö. P.R. § 63, 3 und 46; Duncker, R.L. § 39—41; Becher § 90 Nt. 4; Bl. XLII. 386; Sammlg. VII. 128.

[10] Diese Gegenleistungen, zu denen namentlich der emphyteutische Canon gehörte, beruhen auf einer persönlichen Verpflichtung Duncker, R.L. 98, 191. 199; Unger, Ö. P.R. § 63, 4. Ueber die Ansicht von Windscheid § 220, 5. 6, der den emphyteutischen Canon als Reallast construiren will s. Stobbe, P.R. § 101, 2. Früher wurden diese Gegenleistungen zu den Reallasten gerechnet vgl. Häberlin, Z. f. D. R. XVIII. 157; es geschieht dieß noch von Stobbe, P.R. § 100, 18, Stobbe-Lehmann § 137, 22, und es wird für das Preußische Recht angenommen von Dernburg, Pr. P.R. I. § 305, 9. Nach Bayrischem Recht war die rein obligatorische Natur dieser Gegenleistungen zweifellos anerkannt. Vgl. Instr. z. Hyp.Ges. § 16, 1. Für Gegenleistungen bei Servituten wird theilweise noch jetzt die Eigenschaft als Reallast angenommen oben § 168, 25. Als Gegenleistungen sind regelmäßig das Laudemium und Mortuarium aufzufassen.

[11] Gegen die Aufstellung von Mann, Untersuchungen 1869, der die einzelne Leistung als Erfüllung einer Bedingung construiren will, s. meine Anzeige in Pözl, Kr. V.J.S. XII. 490 und Stobbe, P.R. § 101, 22; Stobbe-Lehmann § 138, 27. Die Aufstellung bedarf wohl keiner weiteren Berücksichtigung.

[12] S. die bei Duncker, R.L. § 3; Friedlieb, R.L. § 32, Gengler, Lehrbuch S. 287 und Stobbe-Lehmann § 138, 3 Angeführten; gegen diese Ansicht Duncker, R.L. § 4 § 101 Nr. 1; Stobbe-Lehmann § 138, 3. Mit dem neueren Hypothekenrecht ist diese Construktion ohnehin nicht verträglich.

[13] Dieß war die Auffassung von Mittermair, P.R. (1821) § 325 und (1825) § 229 und Ortloff, P.R. § 232. Neuerdings Pflüger, über die rechtliche Natur der Reallasten, Arch. f. civ. Pr. 80 S. 291 ff. Er geht hiebei von einer bisher nicht gemachten neuen Eintheilung der Vermögensrechte aus; diese sollen zerfallen in dingliche und persönliche Besitzrechte und dingliche und persönliche Forderungsrechte statt in Sachenrechte und Forderungsrechte. Dagegen s. Stobbe-Lehmann § 138, 19.

Recht [14], theils als eine durch den Besitz eines Grundstücks bedingte Obligation [15], theils als obligationes in rem scriptae [16].

2. Die zweite Categorie erklärt sich für die Dinglichkeit des Rechtsverhältnisses, und zwar nicht nur der Reallast im Ganzen, sondern auch der einzelnen Leistungen [17], und motivirt dieß theils durch ihre Gleichstellung mit den Servituten [18], theils durch An-

[14] Diese Terminologie, zuerst von Runde, Leibzucht II. § 26 aufgestellt, wurde von Eichhorn, P.R. § 162 aufgenommen s. darüber Duncker, R.L. § 10. Diese und die Note 13 aufgeführte Construktion, die identisch sind, führen zu der Unterstellung unter die Obligationen Unger, Ö. P.R. § 63, 19.

[15] Die jetzt gewöhnliche Formulirung dieser Meinung führt auf Seuffert, Baurecht (1819), 73 und Puchta, Vorlesungen (1847) § 178 zurück, von denen sie dann Gerber, P.R. (1849) § 167 aufnahm. Die Meinung, daß diese Construktion zuerst von Gerber aufgestellt worden sei, ist also völlig unbegründet; derselben schließen sich an: Friedlieb, R.L. 174, Randa, Besitz § 24, 37 und Stobbe, P.R. § 101, 30. Von Manchen wird die Ansicht vertreten, daß ein solches Recht sich im römischen Recht finde. Allein dieß entbehrt der Begründung Stobbe, P.R. § 101 Nr. 8. Man ersetzt also unter dem Vorwand, daß dieß mit den Grundprincipien des römischen Rechts sich nicht vereinigen lasse die Construktion als dingliches Recht mit einer Construktion, die ebenso den Principien des römischen Rechts widerspricht.

[16] v. Gerber-Cosack § 163: „Die Reallast ist eine Realobligation, verbunden mit einem dinglichen Recht. Sie verpflichtet den jeweiligen Eigenthümer eines Grundstücks zu wiederkehrenden Leistungen an den Reallastgläubiger und sie verhaftet zugleich das Grundstück für den Geldwerth jener Leistungen dinglich.“ Stobbe-Lehmann § 138 Nr. 11 erklärt die Reallasten für obligationes in rem scriptae gegen den jedesmaligen Besitzer oder Eigenthümer eines Grundstücks auf Leistungen, wie sie die Bewirthschaftung des Grundstücks regelmäßig gewährt, verbunden, soweit ihr Leistungsinhalt es zuläßt, mit einem dinglichen Recht auf Benützung des Grundstücks oder Aneignung von Ertragstheilen desselben und in den meisten Rechtsgebieten geschützt durch ein für den Fall der Nichtleistung bestehendes, also bedingtes Veräußerungsrecht am Grundstück. Die einzelnen Reallastverbindlichkeiten seien freilich in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen für ihre Erfüllung nur der zur Zeit ihrer Fälligkeit vorhandene Besitzer haftet, nur obligationes ex re.

[17] S. die Vertreter dieser Ansicht unten § 186, 14.

[18] Diese Begründung war unter den älteren Juristen sehr verbreitet s. die bei Dunker, R.L. § 5 und Gengler, Lehrbuch S. 286 Angeführten. Sie findet sich nach Bayr. L.R. II. 7. 2 Nr. 1 und Kreittmayr, Anm. c zu dieser Stelle, neuerdings ist sie jedoch ganz aufgegeben. Der Gesichtspunkt ist abgesehen davon, daß eine Dienstbarkeit nicht in einer Leistung bestehen kann, schon deßhalb irrig, weil bei Reallasten ein praedium dominans nicht erforderlich ist, und die Dauer der Auffassung als Personalservitut widerstrebt, s. Stobbe, P.R. § 101 Nr. 2; s. Stobbe-Lehmann § 138, 5.

nahme einer dem Grundstück als verpflichtetem Objekt obliegenden Last (sog. Personifikation des Grundstücks)[19], oder einer dem Deutschen Recht eigenthümlichen dinglichen Verpflichtung[20], endlich durch die Auffassung als ausgeschiedener Eigenthumsbestandtheile[21].

3. Eine dritte Categorie unterscheidet zwischen der Reallast als Ganzem und der einzelnen Leistung und legt der ersteren dinglichen Charakter bei, während sie die letztere als persönliche Verpflichtung auffaßt[22].

Der historischen Entwicklung entspricht die Ansicht, welche die Dinglichkeit nicht nur für die Reallast als Ganzes, sondern auch für die einzelne Leistung annimmt[23]; sie ist auch in einer An-

[19] Dieß ist die Ansicht von Dunker, R.L. § 14 f. und Erk. Rostock 7/4 1862 Sf. XVII. 85; 7/4 1868 Sf. XXIV. 256. Vgl. darüber Stobbe, P.R. § 101 Nr. 4; Stobbe-Lehmann § 138, 20 ff.

[20] Dieß ist die Ansicht von Gengler, Lehrbuch S. 269 ff.; ihr stimmt bei Meibom in Bekker, Jahrb. IV. 444 und Mecklenburgisches H.R. 35; Häberlin, Z. f. D. R. XVIII. 155. Uebereinstimmend damit für die Construktion der Hypothek des neueren Rechts Regelsberger, H.R. § 10, 21. Das römische Recht hatte auf dem Gebiet des Privatrechts den Begriff der Dinglichkeit nicht wie auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts auf Leistungen ausgedehnt, und insoferne ist es richtig, daß die Reallasten nicht als dingliche Rechte im Sinne des römischen Rechts bezeichnet werden können. Wäre im römischen Reich eine Ablösung des emphyteutischen Verbandes zu Stande gekommen, so würde sich der Canon zu einer dinglichen Reallast umgewandelt haben. Dem älteren Deutschen Recht dagegen war die Ausdehnung des Begriffs auf Leistungen geläufig Dunker in Z. f. D. R. XI. 469. Dagegen auch Stobbe-Lehmann § 138, 8 ff.

[21] Albrecht, Gewere 168 erklärt die Reallasten sowohl auf Seite des Berechtigten als des Verpflichteten als Pertinenzen der Proprietät (Gewere). Renaud, R.L. 40 und 63 betrachtet sie als durch Theilung der Gewere begründete Eigenthumsbeschränkungen. Vgl. darüber Stobbe, P.R. § 101 Nr. 6. 7; Stobbe-Lehmann § 138, 28 ff., 31 ff.

[22] Diese Ansicht wurde zuerst von Wächter, Erörterungen I. 127 zunächst für das Württembergische Recht aufgestellt, und ist angenommen von Häberlin, Z. f. D. R. XVIII. 160; Beseler, P.R. § 190; Unger, Ö. P.R. § 63, 22; Förster Eccius § 188, 20: Meibom in Bekker, Jahrb. IV. 503; Kyllmann a. a. O. Dagegen Stobbe-Lehmann 138, 8 ff.

[23] Der ursprünglichen Gestaltung des Instituts war diese Auffassung entsprechend Wächter, W. P.R. I. 621. Das Recht aus der Reallast wurde zu den dinglichen Rechten gerechnet, wie sich schon daraus ergibt, daß ihm die Eigenschaft einer Immobile beigelegt wurde. Das Recht wurde durch Auflassung constituirt, und dem Gläubiger stand eine Zinsgewere zu unten § 189, Friedlieb, R.L. § 19, 3 und § 20, 2. Die ältere Jurisprudenz nahm die Dinglichkeit als zweifellos an Dunker, R.L. § 20, und die Haftung des Singu-

zahl von außerbayrischen Rechtsgebieten durch die Gesetzgebung oder constante Praxis zur Anerkennung gelangt [24], während in anderen die Ansicht angenommen ist, daß die einzelne Leistung die Eigenschaft einer persönlichen Verbindlichkeit, das Recht als Ganzes die Eigenschaft eines dinglichen Rechts habe [25].

Für das Bayrische Recht können nur die beiden letzten Ansichten in Betracht kommen, da die Dinglichkeit der Reallasten in der Gesetzgebung anerkannt ist [26] und in der Praxis feststeht [27]. Ob aber für das Bayrische Recht die Dinglichkeit auch auf die einzelnen Leistungen ausgedehnt [28] oder nur für das Recht als Ganzes angenommen werden soll, könnte als nicht unzweifelhaft

larsuccessors für die Rückstände wurde nach früherem Recht nie bestritten Dunker, R.L. § 16. IV. Für die Meinung, welche die Dinglichkeit der Reallasten anerkennt und die Auffassung als Obligation verwirft, ist namentlich anzuführen die Zulässigkeit der Entstehung durch Ersitzung, der Untergang durch Nichtgebrauch Förster Eccius § 188, 33, Anerkennung des Rechtsbesitzes unten § 188, Geldendmachung durch die confessorische Klage unten § 187, Unmöglichkeit der Tilgung der Verbindlichkeit durch Solution Meibom in Bekker Jahrb. IV. 499. Dieß alles betont Erk. Celle 15|2 1859 T.E. V. 97. Das letzte Argument will Stobbe, P.R. 109, 9 nicht gelten lassen, indem er behauptet, nach neuerem Rechte seien auch die Reallasten rückzahlbar.

[24] Vgl. Roth, D. P.R. § 286, 10.

[25] Vgl. Roth, D. Pr.R. § 284 Nt. 23.

[26] Für das Gebiet des Bayrischen Landrechts ist dieß durch die Gleichstellung mit den Prädialservituten zweifellos oben Note 17, während das Preußische Landrecht keine prinzipielle Entscheidung enthält und die Preußische Praxis daher öfter zwischen den verschiedenen Auffassungen geschwankt hat, Förster Eccius, P. P.R. § 188, 51. Durch die Hypothekengesetzgebung ist indessen für Bayern die Dinglichkeit allgemein anerkannt H.G. § 22, 5 und § 135: „Die auf der Sache vermöge eines speciellen Rechtstitels haftenden Reallasten." Vgl. auch die frühere Bayr. Proz.O. 1869 Art. 21: „Bei den eine Grunddienstbarkeit oder Reallast betreffenden Klagen bestimmt sich der Gerichtsstand nach der Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks"; und jetzt § 25 R.C.P.O.

[27] Bl. XXXI. 280; XXXII. 129.

[28] Daß dieß der ursprünglichen Gestaltung des Instituts entsprochen habe, wird auch von Wächter, W. P.R. I. 621 angenommen. Ueber die Auffassung in den älteren Statuten, aus welchen die Entscheidung für die Dinglichkeit des Verhältnisses zu entnehmen ist, s. Dunker, R.L. 64, Gengler, P.R. 297, und Arnold, Geschichte des Eigenthums 86. Die Haftung des Nachfolgers für die Rückstände ist nicht, wie Hillebrand, P.R. § 162, 3 annimmt, dem Rentenkauf eigenthümlich, sondern findet sich schon bei dem alten Wortzins, Pauli Wieboldrenten 68.

erscheinen, da auch in unserem Recht die Haftung des Singularsuccessors für die Rückstände des Vorgängers nicht so bestimmt entschieden ist, daß nicht für das eine oder andere Verhältniß verschiedene Auffassungen Platz greifen könnten[29]. Nach Erwägung aller Umstände glaube ich indessen für das Bayrische Recht die Haftung des Singularsuccessors verneinen zu müssen[30] und also die dritte der oben aufgeführten Meinungen als begründet annehmen zu können, mit Ausnahme jedoch des Instituts des Ewiggelds, bei welchem die Dinglichkeit der einzelnen Leistungen gesetzlich anerkannt ist[31], der infolge des Grundentlastungsgesetzes vom 26. April 1872 neu entstehenden und neu eingegangenen Leistungen[32], der reallastähnlichen Immobiliarbrand-[33] und Hagelversicherungsbeiträge[34] und der nach dem Gesetze vom 21. April 1884 über die Landeskulturrentenanstalt als ablösbare Realrechte übernommenen Culturrenten[35], da hier die rückständigen Leistungen nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift auf den Erwerber des Grundstücks übergehen. Freilich im Falle eines Zwangsvollstreckungsverfahrens in das pflichtige Grundstück wird für rückständige Leistungen aus der Zeit vor dem Zuschlage bei keiner Art der Reallasten von dem Ansteigerer gehaftet[36].

Nach B.G.B. kommt sowohl der Reallast als Rechtsverhältniß wie den einzelnen Leistungen dingliche Natur zu[37].

[29] Die Entscheidungen sind verschieden selbst für die einzelnen Arten der Reallasten. Während es nach früherem Recht feststand, daß bei Zehnt und Handlohn der Singularsuccessor nicht hafte unten § 187, 17, ist bei dem Ewiggeld seine Haftung gesetzlich bestimmt unten § 187, 15. In der Beantwortung dieser Frage liegt aber die Entscheidung zwischen den unter II. und III. aufgeführten Meinungen; denn haftet der Singularsuccessor für die Rückstände des Vorgängers, so kann die Ausdehnung der Dinglichkeit auf das ganze Verhältniß keinem Zweifel unterliegen s. Albrecht in Richter Jahrbücher 1839, 310.

[30] Vgl. unten § 187, 20 ff. Vgl. auch Ortenau-Henle, Comm. z. Subh.-Ordn. zu Art. 55 Nr. 4b; Becher § 91, II.

[31] Vgl. unten § 189, 109 ff.

[32] Art. 17 des cit. Ges.

[33] Art. 76 des Brandverf.-Ges. v. 3. April 1875 | 5. Mai 1890; dazu Becher § 90 Nr. 9.

[34] Art. 4 des Ges. über die Hagelversicherungsanstalt v. 13. Febr. 1884.

[35] Art. 8 des cit. Ges.

[36] arg. Art. 108 Ziff. 1, Art. 109 Subh.-Ordn.

[37] Dieß geht schon aus der Begriffsbestimmung des § 1105 hervor, ferner aus § 1107, wonach auf die einzelnen

Die Reallasten mit Ausnahme der auf allgemeiner Rechtsvorschrift beruhenden, der Grundgefälle des Staates und der Ablösungskasse und der an deren Stelle getretenen Leistungen werden nach Bayrischem Recht zwar in das Hypothekenbuch eingetragen, allein die Eintragung ist nicht Voraussetzung der gültigen Entstehung oder des Rechtsbestands, sondern hat nur den Zweck, der Reallast im Falle des Zusammentreffens mit eingetragenen Hypotheken den Vorrang zu sichern[38]. Ebensowenig ist nach Bayrischem Rechte Eintragung in das Grundsteuerkataster erforderlich; die Eintragung in diesem vermag zwar den Beweis des Bestandes zu liefern, die Nichteintragung gewährt aber keinen Anhaltspunkt für die Freiheit des Eigenthums[39]. **Nach B.G.B. ist zur Entstehung einer Reallast Eintragung in das Grundbuch erforder-**

Leistungen die für die Zinsen einer Hypothekforderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung zu finden haben und aus § 1108[1] (verb. „auch persönlich") B.G.B.; dann § 10 Ziff. 4 und 8 R.Subh.Ordn. Vgl. dazu M. I. Bd. III. S. 573, 582—584; Reatz S. 534 Nt. 1.

[38] H.G. § 22, 5 und § 135; Einf.Ges. zum H.G. § 7. Vgl. unten § 194 und § 198. S. auch Art. 57 Subh.Ord. über lastenfreie Versteigerung.

[39] Das Grundsteuergesetz 15/8 28 Art. 95 bestimmt: „Zur Erledigung der Beschwerden wegen angeblich irriger Liquidation der Dominikalien, Zehenten und anderer nutzbarer Rechte jeder Art wird zur Herstellung eines sichern definitiven Besitzstandes verordnet, daß alle Besitzer solcher Rechte, es mögen dieselben der Staat, Stiftungen, Gemeinden und andere Corporationen oder Privaten sein, von der einen Seite, und alle Pflichtigen von der andern Seite verbunden seien, innerhalb einer Frist von drei Jahren von dem Tage des ausgeschlossenen oben bestimmten Reklamationstermines an gerechnet alle Unrichtigkeiten in dem ganzen Umfang ihrer Rechte und Lasten dem Steuerkontrollamte zur Berichtigung und Vervollständigung des Katasters anzuzeigen. Nach dem Ablaufe dieser Fristen sind alle nicht angemeldeten Ansprüche und Reklamationen ausgeschlossen und das Grundsteuerkataster, sowie das mit demselben in Verbindung stehende Umschreibkataster, insoferne sie die gesetzlichen Erfordernisse haben, gelten als Saal- und Lagerbuch mit Beweiskraft nicht nur in Ansehung der Steuerverhältnisse, sondern auch über die Rechte und Verbindlichkeiten der Betheiligten für die Zukunft." Allein die Unterlassung der Anmeldung und Eintragung in das Grundsteuerkataster beweist nichts für die Freiheit des Grundeigenthums; die nicht angemeldeten Reallasten sind nur von der Eintragung ausgeschlossen, aber nicht in ihrem Rechtsbestand alterirt. Bl. XXII. 381; XXVIII. 54. Ueber die Beweiskraft des Grundsteuerkatasters für die hier eingetragenen Rechtsverhältnisse vgl. unten § 194 und § 16 Nr. 1 E.G. z. R.C.P.O.; § 383 R.C.P.O.

lich [40], jedoch sind unberührt landesgesetzliche Vorschriften, nach welchen die dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt in Folge der Ordnung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse oder der Ablösung von Dienstbarkeiten, Reallasten oder der Oberlehensherrlichkeit zustehenden Ablösungsrenten und sonstigen Reallasten zu ihrer Begründung und zu ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen [41].

Die Zahl der Reallasten ist so wenig bestimmt als die Zahl der Realservituten. Da die Möglichkeit der Begründung neuer Reallasten nicht ausgeschlossen ist [42], so kann auch der Inhalt der Reallasten so mannigfaltig sein als die Möglichkeit vertragsmäßiger Festsetzung [43]. Ausgeschlossen sind jedoch die früher als Reallasten begründeten und durch die Ablösungsgesetze theils beseitigten, theils fixirten nicht ständigen Reallasten [44], nämlich die Frohnden [45],

[40] § 873 B.G.B.; vgl. oben § 128, 22. Ausnahmen s. §§ 914, 916 (Ueberbaurentenrecht), § 917 (Nothwegrentenrecht) B.G.B.

[41] Art. 114 E.G. z. B.G.B. Nicht betroffen werden hievon wieder die Ueberbaurenten der §§ 914, 916, 917, die Nothwegrenten des § 917, die Unterhaltspflichten der §§ 1021, 1022 B.G.B.: Art. 116 E.G. z. B.G.B.

[42] Vgl. unten § 186, 5.

[43] Ein Beispiel der Schaffung einer dem Inhalt nach neuen Reallast ist die in Erk. R.G. 23/11 1880 Sammlung IV. 38 erwähnte Verpflichtung der Unterhaltung einer Thurmuhr.

[44] So auch nach Art. 115 E.G. z. B.G.B. Dazu s. wieder Art. 116 a. a. O. und hierüber oben Nt. 41.

[45] Vgl. über diese: Seuffert, Baurecht 101; Duncker, R.L. § 52; Renaud, R.L. 47; Friedlieb, R.L. 279; Eichhorn, P.R. § 249; Mittermair, P.R. § 189 f.; Maurenbrecher, P.R. § 340 f.; Gengler, P.R. § 85; Hillebrand, P.R. § 171; Beseler, P.R. § 192 e; Gerber-Cosack, P.R. § 186; Stobbe-Lehmann § 195, I. Unter den Bayrischen Statuten erwähnten sie nur Bayr. L.R. II. 11 vgl. Seuffert, Baurecht 101, und Pr. L.R. II. 7. 308 f., vgl. Koch, P.R. § 360—362. Ueber Würzburg vgl. Weber III. 362 und über Fulda Thomas, Fuldaisches Recht § 194 f. und Weber III. 1092 f. Sie fanden sich theils als selbstständige Reallasten theils als Gegenleistungen Friedlieb, R.L. 297. Durch Grundentlastungsgesetz 4/6 48 Art. 2 sind alle Naturalfrohndienste, soweit sie privatrechtlicher Natur sind, vom 1. Januar 1849 an unentgeltlich aufgehoben mit Ausnahme der Holzfrohnen Art. 18. Erk. 3/8 67 Bl. XXXI. 280 will dieß auf die auf dem gutsherrlichen Verband beruhenden Dienste beschränken und nimmt daher den Fortbestand der auf einem Grundstück ruhenden Verpflichtung zu Wasenmeisterdiensten an, wie dieß ebenso Erk. 16/11 66 Bl. XXXII. 106 für die einem

das Mortuarium [46], der Handlohn [47] und der Zehnt [48].

Grundstück obliegende Verpflichtung zur Faselviehhaltung ausgesprochen ist. Allein mir scheint dieß mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar zu sein. Auch Pözl, Vf.R. § 66, 2b nimmt an, daß durch die Bestimmung des Grundentlastungsgesetzes alle auf einem Privatrechtstitel beruhenden Frohnen aufgehoben seien. In der unentgeltlichen Aufhebung liegt an sich das Verbot der Neuconstituirung solcher Dienste. Vgl. auch Becher § 92, 13 und Art. 32 Abs. 5 des Forstges. v. 28/3 1852—17/6 1896.

[46] Vgl. über dieses: Duncker, R.L. § 55; Renaud, R.L. 55; Friedlieb, R.L. 303; Eichhorn, P.R. § 71; Mittermair, P.R. § 93, 24 f.; Maurenbrecher, P.R. § 343; Gengler, P.R. § 105; zur Lehre von Mortuarium Bl. VII. 315; Stobbe-Lehmann § 195, 31. Unter den Bayrischen Statuten erwähnen dasselbe: Bayr. L.R. I. 8. 14; Bayreuth, Handlohnsordnung 1760 c. 21 Arnold II. 243; Hohenlohe, L.R. III. 8. 6 Arnold II. 462; Oettingen V. 28/9 1767 Arnold II. 540; Rtheouburg, Handlohns- und Hauptrechtsordnung 14/7 1600 Arnold II. 585; Deutschorden V. 7/5 1731 Arnold II. 695. Ueber Würzburg vgl. Schneidt de mortuario in Thes. I. 1363 und Weber III. 356. Auch das Mortuarium fand sich theils als Reallast, theils als Gegenleistung Duncker, R.L. 233; Renaud, R.L. 55; Friedlieb, R.L. 278. Durch Grundentlastungsgesetz 4/6 48 Art. 3 ist das Mortuarium, soweit es noch bestand, unentgeltlich aufgehoben vgl. Pözl, Vf.R. § 69, 8. Auch hier ist durch die unentgeltliche Aufhebung die Neubegründung ausgeschlossen.

[47] Vgl. über diesen: Seuffert, Baurecht 14; Duncker, R.L. § 54; Renaud, R.L. 55; Mittermair, P.R. § 495; Maurenbrecher, P.R. § 344 f. und die Literatur bei Gengler, P.R. § 105, 8 ff.; Stobbe-Lehmann § 195, 44. In den Bayrischen Statuten finden sich folgende gesetzliche Bestimmungen: Bayr. L.R. IV. 7. 11; Pr. L.R. I. 18. 714 f.; Ansbach, Handlohnsordnung 1697 Arnold II. 40; Bayreuth, Handlohnsordnung 1/12 1760 Arnold II. 231; Castell, Handlohnsordnung 1789 Arnold II. 278; Eichstädt, Handtlangsordnung 1689 Arnold II. 341; Hohenlohe, L.R. III. 8. 4 Arnold II. 460; Nürnberg, Reform XXIII. 13; Rothenburg, Handlohnsordnung 14/7 1600 Arnold II. 585; Schwarzenberg, Handlohnsordnung 1767 Arnold II. 637; Bamberg, Handlohnsregulativ 1735 Weber, I. 869 und 1791 Weber I. 838. Ueber Würzburg vgl. Weber III. 348 und Schelhaß, Darstellung § 120, und über Fulda, Weber I. 1074 und Thoma § 155 f. Der Handlohn war in der Regel Gegenleistung, kam aber auch als selbstständige Reallast vor s. Duncker, R.L. S. 231; Renaud, R.L. 54; Friedlieb, R.L. 277. Durch Ablösungsgesetz 4/6 48 Art. 15 wurde der Handlohn fixirt und theilweise abgelöst vgl. unten § 189 und Pözl, Vf.R. § 70, 1, § 73. Die in Art. 8 des Grundentlastungsgesetzes allgemein angeordnete Fixation unständiger Abgaben enthält an sich das Verbot der Neubegründung.

[48] Vgl. Seuffert, Baurecht 80; Duncker, R.L. § 53; Friedlieb, R.L. § 69; Eichhorn, P.R. § 252; Mittermair, P.R. § 181 f.; Maurenbrecher, P.R. § 334 f.; Hillebrand, P.R. § 170; Beseler, P.R. § 192 b; Gerber-Cosack, P.R. § 169; Koch, P.R. § 357 f.; Unger, Ö. P.R. § 63, 47, und die Literatur bei Gengler, P.R. § 84; Stobbe-Lehmann § 143. Die Bayrischen Statuten enthalten folgende Be-

§ 186.

II. Entstehung und Beendigung.

Reallasten können entstehen:

1. Durch Gesetz [1]. Die Möglichkeit der Begründung von Reallasten durch gesetzliche Bestimmung ist auch für das gegenwärtige Recht keinem Zweifel unterworfen [2].

2. Durch Privatdisposition, nämlich durch Vertrag oder letztwillige Verfügung [3]. Ueber die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Begründung von Reallasten durch Privatdisposition als zulässig anzusehen sei, sind die Meinungen getheilt. Die eine Klasse erklärt die Neubegründung von Reallasten überhaupt für unzulässig [4] oder läßt sie nur für eine bestimmte Klasse von Reallasten zu [5]. Die andere Klasse unterscheidet nicht nach

---

stimmungen: Bayr. L.R. II. 10; Pr. L.R. II. 2. 857 f.; Ansbach, Zehntinstruktion 1665 Arnold II. 35; Bayreuth, Zehntedikt 1666 Arnold II. 195; Eichstädt, Zehntordnung 1709 Arnold II. 369; Rothenburg, V. 11/4 1723 Arnold II. 591; Schwarzenberg, V. 25/6 1788 Arnold II. 657; Fulda, Zehntordnung 7/3 1766 Weber III. 1083; F. Augsburg, Zehntordnung 1693 Weber IV. 26; F. Salzburg, Zehntordnung 3/12 1677 Weber V. 139. Ueber Würzburg vgl. Weber III. 363 und Schelhaß, Darstellung § 120, 7; über Vorderösterreich Weber IV. 1326. Durch Grundentlastungsgesetz 4/6 1848 Art. 4 sind der Blutzehnt und der noch nicht erhobene Neubruchzehnt, sowie der Kleinzehnt, da wo er nicht bereits seit 30 Jahren hergebracht oder durch Vertrag, Vergleich oder richterliches Erkenntniß anerkannt ist ohne Entschädigung aufgehoben, und durch Art. 8—14 ist für alle übrigen Zehnten die Fixation vorgeschrieben vgl. Pözl, Vf.R. § 70, 1 und § 70, 8 und unten § 189, worin an sich das Verbot der Neubegründung gegeben ist.

[1] Dunker, R.L. § 24; Heimbach, R.L. 91. Gesetz und Gewohnheit waren namentlich Grundlage der Zehntverpflichtung Friedlieb, R.L. § 19, 1.

[2] Ohne Angabe von Gründen zieht dieß in Abrede Gerber-Cosack, P.R. § 165, 3. Sie ist ausdrücklich anerkannt im Bayrischen Recht. Vgl. unten § 189. Für das B.G.B. vgl. die §§ 914, 916, 917, 1022 B.G.B.

[3] Die letztere wird dem Vertrag gleichgestellt, und es sind die Voraussetzungen für beide Begründungsarten die gleichen Stobbe, P.R. § 103, 7; Stobbe-Lehmann § 140, 9; Beseler, P.R. § 190, 9.

[4] Renaud, R.L. 104—110. Diese Annahme widerspricht dem geltenden Rechtszustand. Nur nach französischem Recht ist die Constituirung von Reallasten ausgeschlossen.

[5] Eichhorn, P.R. § 163, 164 will unbeschränkte Neubegründung nur bei solchen Reallasten zulassen, bei welchen der Berechtigte Proprietätsrechte an der Sache hat. Eine andere Meinung will die Neubegründung nur für die durch Gesetz oder Gewohnheit als solche anerkannten Reallasten zulassen, Dunker,

dem Inhalte der Reallast, sondern nach der Form der Errichtung; und zwar erklärt sich die eine Meinung, von der Voraussetzung ausgehend, daß nach früherem Recht die Constituirung von Reallasten nur durch gerichtliche Auflassung habe erfolgen können, dahin, daß die Neubegründung von Reallasten nur da zulässig sei, wo nach dem Landesrechte gerichtliche Auflassung oder eine diese ersetzende Form gegeben sei[6], oder daß sie allgemein einen qualificirten Vertrag, nämlich richterliche Bestätigung, voraussetze[7]. Das Bayrische Recht schließt die Begründung von Reallasten durch Privatdisposition für bestimmte Klassen aus, nämlich für Frohnden, Mortuarium, Handlohn und Zehenten[8]. Für die Begründung von Reallasten gelten keine besonderen Formen, sondern lediglich die allgemeinen für die Begründung dinglicher Rechte vorgeschriebenen Formen[9]. Die vertragsmäßige Begründung muß daher jetzt in notariellen Urkunden erfolgen[10]. **Nach B.G.B. ist die Begründung von Reallasten insoweit zulässig, als sie nicht die Landesgesetze verbieten**[11].

Z. f. D. R. XI. 483; Unger, Ö. P.R. § 63, 49; Erk. Celle 13|6 1856 Sf. XI. 273; 4. Febr. 1881 Sf. XXXVI. S. 315. Nach einer dritten Ansicht gilt das Princip der freien Radicirung, daß nämlich jede mögliche Leistung als Reallast constituirt werden kann, soweit nicht ein specielles Verbot entgegensteht Maurenbrecher, P.R. § 323, 10; E. d. R.G. IV. 131; XI. 315; XVI. 134; Sammlg. V. 585; X. 285; Bl. LVIII. 412.

[6] Dieser Ansicht sind Mittermair, P.R. § 196, 8; Dunker, R.L. § 26; Beseler, P.R. § 190, 9.

[7] Diese Ansicht hat später Dunker, Z. f. D. R. XI. 450 ausgeführt. Ihr schließen sich an Heimbach, R.L. 105; Gerber, P.R. 170, 4; Stobbe, P.R. § 103, 6.

[8] Vgl. oben § 185 a. E.

[9] Für die Grundzinsen bezeugt Kreittmayr, Anm. 1 f. zu L.R. IV. 7. 33 die Formlosigkeit des Vertrags. „Dergleichen Zinsen mögen sowohl per contractum als ultimam voluntatem aut praescriptionem erlangt werden . . . Das erste geschieht zwar meistentheils per contractum innominatum . . . . zuweilen aber auch per donationem aut emtionem venditionem . . .“ Dann Anm. 2 zu L.R. IV. 7. 33. „ist zwar die Schrift in contractu consitico nicht sowie in emphytheutico vonnöthen . . . .“ Eine Ausnahme ist nur bei dem Ewiggeldinstitut durch die Nothwendigkeit der Eintragung in das Grundbuch gegeben unten § 189. Ueber die Bedeutung der Eintragung der Reallasten in das Hypothekenbuch, die nach Bayrischem Recht fakultativ ist, vgl. oben § 185, 24. S. auch Stobbe-Lehmann § 140, 5.

[10] Art. 14 Not.Ges. Richterliche Bestätigung ist nicht erforderlich bezw. beseitigt. Vgl. Ges. v. 5. Mai 1890 über die Formen einiger Rechtsgeschäfte.

[11] Art. 115 E.G. z. B.G.B. mit Ausnahmen in Art. 116 a. a. O. Vgl. oben 167, 4.

Die Begründung der Reallast durch Rechtsgeschäft unter Lebenden setzt formlosen dinglichen Vertrag der Parteien und Eintragung in das Grundbuch voraus[12]**; letztwillige Anordnung giebt nur einen obligatorischen Anspruch auf Begründung der Reallast durch Eintragung in das Grundbuch**[13].

3. Durch Zeitablauf. Ebenso bestritten ist die Frage, ob Neubegründung von Reallasten durch Zeitablauf möglich sei. Während die eine Klasse Begründung durch erwerbende Verjährung für unzulässig erklärt und nur den Schutz eines seit unvordenklicher Zeit bestehenden Quasibesitzes anerkennt[14], läßt die andere Klasse die Ersitzung zu, unterscheidet sich aber in der Bestimmung der Voraussetzungen, indem die eine Meinung die Regeln der ordentlichen[15], die andere die der außerordentlichen Ersitzung für anwendbar hält[16], und eine dritte Meinung die Regeln der außerordentlichen Ersitzung für die als Modifikationen des Grundeigenthums erscheinenden Reallasten, die der unvordenklichen Verjährung für die auf einem Subjektionsverhältniß beruhenden Reallasten zur Anwendung bringt[17]. Nach Bayrischer Praxis werden die Regeln der außerordentlichen Ersitzung auf die in regelmäßig wiederkehrenden Leistungen bestehenden Reallasten[18], die der unvordenklichen Verjährung auf die-

[12] § 873 B.G.B.; vgl. oben § 128, 22.

[13] § 2174 B.G.B. Vgl. oben § 169, 34.

[14] Friedlieb, R.L. § 66; Mittermair, P.R. § 196, 18; Gengler, Pr.R. § 78, 7; Gerber, P.R. § 170, 8; Beseler, P.R. § 190, 7; Erk. Celle 24/3 1861 Sf. XV. 40; 14/7 1868 Sf. XXXIII. 199. Stobbe, P.R. § 103, 12 nimmt an, daß dieser Grundsatz beim Mangel entgegenstehender Vorschrift zur Anwendung komme.

[15] Heimbach, R.L. 113; Maurenbrecher, P.R. § 323, 12; Unger, Ö. P.R. § 63, 29; Erk. Darmstadt 10/1 1833 Sf. III. 192; Lübeck IX. 201; Unger, Ö. P.R. § 63, 29; Randa, Besitz § 24, 39. Dieß gilt auch nach Pr. L.R. II. 7. 144; Dernburg, Pr. P.R. I. § 307, 3. Hiernach gelten die Voraussetzungen der ordentlichen Ersitzung und nur in Ermanglung eines Titels wird außerordentliche Ersitzung zugelassen.

[16] Diese halten immer für erforderlich Erk. Cassel 19/5 1840 Sf. VI. 232; Lübeck 30/9 1854 Sf. IX. 201; Wolfenbüttel 1862 Sf. XVII. 83; Celle 13/10 1857 T.E. III. 62; 4/10 1859 T.E. V. 2; Kiel 1876 Anz. 76, 267; Entsch. d. R.G. 24 Nr. 38. Vgl. auch Stobbe-Lehmann § 140, 12; Gerber-Cosack § 165. Auf das gleiche Resultat kommen Duncker, R.L. § 29 und Renaud, R.L. 110, indem sie Schutz im Besitz durch Verjährung der actio negatoria annehmen. Dieser Ansicht schließt sich an Erk. Kiel 17/2 1871 Anz. 71, 105.

[17] Eichhorn, P.R. § 163 f.; Savigny, System IV. 514.

[18] Erk. München 15/4 53 Sf. VI. 232 und Bl. XVIII. 61; 6/5 61 Sf.

jenigen Reallasten angewendet, bei denen dieß nicht der Fall ist[19]. **Nach B.G.B. giebt es keine Ersitzung von Reallasten**[20].

Die Reallasten erlöschen:

1. Durch Untergang des belasteten Objekts[21] und Consolidation[22], nicht aber durch Dereliktion[23]; **nach B.G.B. auch nicht durch Consolidation**[24].

2. Durch Ausfallen beim Zwangsverkauf gegenüber eingetragenen Hypotheken, welche zeitlich der Reallast vorgehen[25].

3. Durch vertragsmäßige[26] oder gesetzliche[27] Umgestaltung oder Aufhebung. **Nach B.G.B. ist zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung einer Reallast die Erklärung des Berechtigten, daß er die Reallast aufgebe, und die Löschung im Grundbuch erforderlich**[28].

4. Durch Verjährung. Ob Reallasten durch Zeitablauf erlöschen können, ist bestritten, indem die eine Meinung nur Verjährung der Klage auf die einzelne Leistung und Berufung auf die Nichtleistung seit unvordenklicher Zeit für zulässig hält[29], während die andere Meinung zwar die erlöschende Verjährung zuläßt, hin-

---

XV. 40; dann Bl. XXVII. 380, XXXIII. 294; Samml. XI. 115, III. 366. Als allgemein geltende Regel setzt dieß voraus Grundlastenablösungsgesetz 4/6 48 Art. 4: „Der Kleinzehnt . . . wo er nicht bereits seit 30 Jahren hergebracht . . . ist.“ Vgl. Bl. XVIII. 394.

[19] Bl. XX. 10; XXVII. 380.

[20] Vgl. § 900 Abs. 2 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 585; Stobbe-Lehmann § 141, 2.

[21] Mittermair, P.R. § 198, 3; Stobbe-Lehmann § 140, 37; § 141, 4.

[22] Duncker, R.L. § 30; Mittermair, P.R. § 198. I. A. M. Stobbe-Lehmann § 140, 33.

[23] Dieß folgt aus dem dinglichen Charakter der Leistung. Die Annahme, daß die Reallasten Obligationen seien, führt consequent zu dem entgegengesetzten Resultat. Vgl. dazu M. I. Bd. III. S. 584.

[24] § 889 B.G.B.; vgl. oben § 128, 33.

[25] Art. 57 Subh.Ordn. Erk. Celle 11/5 1869 Sf. XXIV. 195; Becher § 91, 18. Vgl. hieher §§ 52, 91, 92 R.Subh.Ord.

[26] Duncker, R.L. § 31; Friedlieb, R.L. 345.

[27] In Bayern ist die Fixirung der unständigen Abgaben angeordnet oben § 185, 47, 48, die Ablösbarkeit aber nur für die einzelnen Reallasten ausgesprochen vgl. unten § 189. Ueber die zwangsweise Uebertragung im Flurbereinigungsverfahren s. oben § 140 A.

[28] § 875 B.G.B.; vgl. oben § 128, 23.

[29] Friedlieb, R.L. § 90; Mittermair, P.R. § 198, 9; Beseler, P.R. § 191, 16; Gerber, P.R. § 172, 5; Erk. Celle 19/12 1874 Sf. XXX. 285.

sichtlich der Voraussetzungen aber verschiedene Richtungen verfolgt, indem die einen dreißigjährigen Nichtgebrauch für genügend [30], die anderen dagegen außer dem Nichtgebrauch Ersitzung der Freiheit für erforderlich halten [31]. **Nach B.G.B. unterliegt zwar die Reallastberechtigung als Ganzes nicht der erlöschenden Verjährung, wohl aber die Ansprüche auf Rückstände wiederkehrender Leistungen** [32].

5. Durch Ablauf der Zeit, für welche sie bestellt ist, namentlich mit dem Tod des Berechtigten bei Bestellung für seine Lebenszeit [33].

6. **Nach B.G.B. durch Ausschlußurtheil bei nur passiv dinglichen Reallasten** [34]. **Ist der Reallastberechtigte unbekannt, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten sich auf die Reallast beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind und die Reallastberechtigung nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigenthümer durch Abschlagszahlungen, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkannt worden ist** [35]. **Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils erlischt die Reallast.**

§ 187.

III. Inhalt.

Die Reallast als Berechtigung [1] kann dauernd mit einem Immobile verbunden sein [2] oder einer physischen [3] oder juristischen Person [4] zustehen.

---

[30] Duncker, R.L. § 33; Heimbach, R.L. 121; Unger, Ö. P.R. § 13, 40; Stobbe-Lehmann § 140, 46. Dieser Ansicht schließen sich an: Erk. München 2|6 1849 Sf. III. 3; 4|6 1850 Sf. V. 6; Bl. XXIII. 79; XXVI. 252; Wolfenbüttel 20|6 1856 Sf. XXXIII. 242. Sie ist recipirt Pr. L.R. I. 9. 509.

[31] Maurenbrecher, P.R. § 324, 5; Erk. Stuttgart Sf. I. 185; München 13|9 1828 Sf. II. 13; 16|7 1849 Sf. III. 138; Celle 3/10 1854 Sf. IX. 117; Wiesbaden 2|11 1853 Sf. IX. 323; Wolfenbüttel 5|11 1841 Sf. XVII. 83; Darmstadt 1/2 1862 Sf. XX. 154; Lübeck 16|10 1875 Sf. XXXIII. 330.

[32] § 902 B.G.B.; vgl. oben § 128, 31.

[33] Müller, Beiträge 32; Windscheid § 212, 6; Förster Eccius § 188, 97; Bl. LVIII. 409. §§ 158, 163 B.G.B.

[34] §§ 1112, 1104 mit 1170 B.G.B.

[35] Entsprechend dem § 208 B.G.B.

[1] Für das Recht auf die Reallast findet sich keine allgemein anerkannte

Die Reallast als Ganzes haftet auf dem ganzen Grundstück und ist untheilbar [5]; **nach B.G.B. kann aber von vornherein der**

---

technische Bezeichnung. Gewöhnlich braucht man auch für die aktive Berechtigung den Ausdruck Reallast Duncker, R.L. 60, 90; Wächter, W.P.R. II. § 48, 24; Unger, Ö. P.R. § 63, 42.

[2] Mittermair, P.R. § 173, 17. In Bayern ist die Verbindung mit Grundbesitzungen als Bestandtheile derselben sehr gewöhnlich, und es ist Voraussetzung der selbstständigen Hypothekbestellung auf fruchtbringenden Rechten, daß dieß nicht der Fall sei. Gönner, Comment. I. 118; vgl. unten § 200. Vgl. auch Expr.Ges. 17/11 37 Art. 2: „nutzbare Rechte auf anderen unbeweglichen Sachen, welche aktiv mit dem Entwehrungsgegenstand verbunden sind . . .“ Bl. XII. 342. B.G.B. § 1105 II: „Die Reallast kann auch zu Gunsten des jeweiligen Eigenthümers eines anderen Grundstücks bestellt werden.“

[3] Unger, Ö. P.R. § 63, 44. Die Berechtigung kann auf Grund einer amtlichen Befugniß gegeben sein, wobei die Legitimation des Berechtigten durch seine amtliche Stellung begründet wird Mittermair, P.R. § 173, 17. In Bayern werden Besoldungen und Pensionen standesherrlicher Beamten nach constanter Praxis zu den Reallasten gerechnet. Gönner, Comment. I. 571; Erk. 30/10 60 Bl. XXVI. 300; 16/7 61 Bl. XXVII. 85. Erk. 10/8 33 Du Prel I. 118 hat dieß auf die Besoldungs- und Pensionsansprüche anderer ständig bestellter gutsherrlicher Beamten ausgedehnt, eine entgegengesetzte Entscheidung s. Erk. 4/1 39 Du Prel VI. 334. Ein weiterer Rechtsfall ist Erk. 13/1 17 Du Prel II. 107, ein Anspruch eines Gerichtsdieners auf jährliche Brodlieferung. In der Regel ist der Anspruch aus der Reallast ein gewöhnliches Vermögensrecht. — B.G.B. § 1105 I.

[4] Dahin gehören die Leistungen an Pfarreien, die nicht, wie Mittermair, P.R. § 173, 16 annimmt, als an ein Amt geknüpft erscheinen. Instruktion zum H.G. § 16, 3: „wohl aber ist dasjenige, was auf solchen Gütern an Unterhalt der Geistlichen, an jährlichen Beiträgen zu Kirchen, Schulen und anderen Stiftungen haftet, unter die auf speziellem Rechtstitel beruhenden Lasten zu rechnen, und hinsichtlich der Anmeldung und Eintragung in das Hypothekenbuch ebenso wie die Reallasten überhaupt zu behandeln.“ Dahin gehört der durch Gesetz 28/5 52 Art. 9 als Surrogat der Kirchenbaupflicht eingeführte Baukanon unten § 189. Ebendahin sind die durch Bewässerungsgesetz 28/5 52 Art. 14 eingeführten Beitragsverbindlichkeiten der Mitglieder an Bewässerungsgenossenschaften zu rechnen unten § 174, 19. — B.G.B. § 1105 I.

[5] Renaud, R.L. 91; Mittermair, P.R. § 174, 31. In die Theilung muß der Berechtigte einwilligen Pr. L.R. I. 18. 755. 756. Bei unconsentirter Theilung haftet die Reallast auf jedem einzelnen Theil Erk. München 16/11 1866 Sf. XXII. 111; werden Stücke wegverkauft, so bleibt die Reallast auf den veräußerten Stücken haften Erk. Darmstadt Sf. XXVI. 48; Erk. Glückstadt 19/10 1858 Anz. 59. 220. Ebenso nach B.G.B. Vgl. aber auch Art. 120 Abs. 2 Nr. 1 E.G. z. B.G.B., wonach landesgesetzliche

Antheil eines Miteigenthümers an einem Grundstücke mit einer Reallast belastet werden [6]. Verpflichtet ist der Eigenthümer des belasteten Grundstücks [7]. Die Reallast geht auf jeden Erwerber des belasteten Objekts über [8] und zwar auch beim Zwangsverkauf [9], wobei jedoch später bestellte Reallasten solchen Hypotheken, die zur Zeit der Bestellung der Reallast bereits bestanden, dann nachstehen, wenn die betreffenden Hypothekgläubiger nicht in die Bestellung der Reallast im Vorgange vor ihnen eingewilligt haben [10]. Ob sich die Dinglichkeit auch auf die einzelne fällige Leistung erstreckt, ist in Gesetzgebung und Praxis ebenso bestritten wie in der Theorie; nach der einen Ansicht hat auch die einzelne Leistung einen dinglichen Charakter, so daß alle Rückstände gegen die jeweiligen Eigenthümer geltend gemacht werden können [11]; nach der anderen Ansicht erscheint die einzelne fällige Leistung nur als persönliche Verbindlichkeit des jeweiligen Eigenthümers, so daß der Singularsuccessor für die Rückstände seines Vorgängers nicht in

---

Vorschriften unberührt sind, die bestimmen, daß im Falle der Theilung des dienenden Grundstücks die Reallast auf die einzelnen Theile des Grundstücks vertheilt wird, wenn von der zuständigen Behörde festgestellt wird, daß die Rechtsänderung für die Betheiligten unschädlich ist.

[6] § 1106 B.G.B. Vgl. oben § 137, 105.

[7] Müller, Beiträge 4, 4; Gerber, P.R. § 169, 2. Da ausnahmsweise auch dem Nutzungsberechtigten die Verpflichtung obliegen kann, so ist Stobbe, P.R. § 102, 2, Stobbe-Lehmann § 139, II. 1 darin beizustimmen, daß in dem einzelnen Falle zu untersuchen ist, ob der Eigenthümer oder der Besitzer verpflichtet sein soll.

[8] Förster Eccius § 188, 29; Unger, Ö. P.R. § 63, 24.

[9] Friedlieb, R.L. 248; Unger, Ö. P.R. § 63, 25; Stobbe, P.R. § 102, 30; Müller, Beiträge § 3, 1.

[10] Art. 57 Subh.Ordn. Vgl. dazu für das künftige Recht die §§ 52, 91, 92 R.Subh.Ordn.

[11] Diese Ansicht vertreten Dunker, R.L. § 36; Renaud, R.L. 95, 221; Heimbach, R.L. 73; Gengler, Pr.R. § 79, 6; Erk. Rostock 7/4 1862 Sf. XVII. 85. Gesetzlich anerkannt ist dieß Sachsen B.G.B. § 510: Weimar Ges. 21/11 1836; Lübeck V. 25/3 1843 § 1; Oesterreich A. B.G.B. 1 § 305, 6, und es wird für das Preußische Recht angenommen von Förster Eccius § 188, 63 und Dernburg, Pr. P.R. I. § 305, 6. Die Haftung des Singularsuccessors für die Rückstände war im gemeinen Sächsischen Recht anerkannt Erk. Dresden 1846 Emminghaus 133 Nr. 127; Bericht der Weimarischen Regierung 6/10 1836 Emminghaus 131 Nr. 122. Für das Bayrische Recht vgl. schon oben 185. 27 ff.

Anspruch genommen werden kann [12] und der Eigenthümer für die während der Dauer seines Eigenthums verfallenen Leistungen persönlich haftet [13]. Für die Entscheidung dieser Frage geben die älteren Bayrischen Rechtsquellen keine allgemein anwendbare Vorschrift. In dem Rechtsgebiete des Bayrischen Landrechts sind die Bestimmungen für die einzelnen Arten der Reallasten verschieden [14]. Während bei dem Ewiggeld die Haftung des Nachfolgers für die Rückstände gesetzlich bestimmt ist [15] und bei dem Zins von Kreittmayr als zweifellos erklärt wird [16], war bei dem Zehnt durch gesetzliche Bestimmung [17] und bei dem Handlohn durch Uebung [18] der entgegengesetzte Grundsatz anerkannt. Auch das Preußische Landrecht enthält keine entscheidende Bestimmung und es ist daher die Ansicht der preußischen Juristen getheilt [19]. Indessen ist in Bayern durch die spätere Gesetzgebung die Frage gegen die Dinglichkeit entschieden worden [20]. Schon in der Prioritätsordnung 1/6

[12] Diese Ansicht vertreten Wächter Erörterungen I. 127 und W. P.R. II. § 48; Häberlin, R.L. 162; Friedlieb, R.L. 330; Beseler, P.R. § 190. III. 6; Gerber, P.R. § 171, 3; Unger, Ö. P.R. § 63, 32, und weitere Citate bei Stobbe-Lehmann § 139, 8b.

[13] Er wird also auch nicht durch eine Dereliktion von der Haftung für die während seines Besitzes verfallenen Leistungen befreit Wächter, W. P.R. II. 314; Unger, Ö. Pr.R. § 63, 32. Die Annahme der Dinglichkeit der einzelnen Leistung hat zur Folge, daß Befreiung des Eigenthümers bei Dereliktion angenommen werden muß Dunker, R.L. § 36, 279; Mittermair, P.R. § 173, 30.

[14] Arnold, Einklagung der Hypothekzinsen § 82, 2 will für das Bayrische Recht überhaupt ein allgemeines Prinzip nicht anerkennen; allein er hat dabei die Bestimmungen der Prior.O. unten Note 21 gar nicht in Betracht gezogen.

[15] Vgl. unten § 189, 109 ff.

[16] Kreittmayr, Anm. 5 zu L.R. IV. 7. 33: in censu reali aber welcher entweder gleich anfänglich oder mit der Zeit auf das Gut gelegt worden ist, hat er um die rückständige Zinsen als Onera realia actionem realem et confessoriam utilem sowohl gegen den Zinsmann selbst als alle folgenden Gutsinhaber.

[17] Bayr. L.R. II. 10. 4: „Haftet der Gutsinhaber für die unter seinem Vorfahren etwan verfallen oder rückständigen Zehenden nicht er seye dann Successor universalis."

[18] Bl. IX. 285; Arnold, Einklagung § 82, 2.

[19] Selbst die Entscheidungen des Obertribunals sind sich widersprechend s. Förster, P. P.R. § 188, 62 f.

[20] Eine Ausnahme macht nur das Ewiggeld, bei welchem die Dinglichkeit durch die frühere Gesetzgebung bestimmt und in der neueren Gesetzgebung ausdrücklich anerkannt ist vgl. unten Note 23 und § 189, 109 ff.

1822 waren die verfallenen Leistungen als eine persönliche Schuld des Besitzers aufgefaßt und es war dem Gläubiger für die Rückstände aus dem bei Eröffnung des Konkurses laufenden Jahr und den zwei unmittelbar vorhergehenden Jahren die Stelle in der ersten Klasse, für die übrigen Rückstände in der fünften Klasse eingeräumt [21], und zwar stand dem Gläubiger dieses Recht an dem ganzen Vermögen des Schuldners zu, ohne Rücksicht darauf, ob sich die Sache noch in der Masse befand oder nicht [22], während für Ewiggilten, deren Dinglichkeit zweifellos ist, dem Giltherrn im Konkurs ein Separationsrecht eingeräumt war [23]. Die Prioritätsordnung bezeichnet überdieß die Rückstände als Lasten des Vermögens [24] und stellt sie mit anderen Lasten gleich, deren Eigenschaft als persönliche Verpflichtung keinem Zweifel unterliegen kann [25]. Nach der Sub-

---

[21] Prior.O. § 12. Nr. 7 und 16 Nr. 2. Die gleiche Bestimmung hinsichtlich der zweijährigen Rückstände hat das Württembergische Prioritätsgesetz 15|4 1825 Art. 4 und 16.

[22] Die Prioritätsordnung räumt den Reallastrückständen die Stelle in der ersten und fünften Klasse ein, ohne die Voraussetzung, daß sich die belastete Sache noch in der Masse befindet, während sie diese Voraussetzung für die Hypothek- und Faustpfandforderungen ausdrücklich ausspricht Pr.O. § 15 und § 21, 1. Es geht daraus unzweifelhaft hervor, daß nach den Bestimmungen der Prioritätsordnung die rückständige Leistung als eine persönliche Forderung aufzufassen sei Wächter, Erörterungen I. 130. Die von Volley, Bemerkungen I. 77 und III. 1266 aufgestellte Ansicht, daß der Anspruch für die privilegirten zweijährigen Rückstände ein dinglicher, der für die übrigen Rückstände ein persönlicher sei, hat auch bei uns Anhänger gefunden s. Verh. d. K. d. Abg. 1831 Band 21 Prot. CXX. S. 125; allein diese Annahme ist ganz unhaltbar s. Wächter, Erörterungen I. 135, Auer, Einleitung 182 und Arnold, Einklagung § 82.

[23] Prior.O. § 6: „Das Separationsrecht steht ferner dem Ewiggeld der Stadt München sowohl in Ansehung der Kapitalien als der davon zu entrichtenden jährlichen Gilten und Zinsen zu." Vgl. darüber unten § 189. Daraus, daß den anderen Realrenten ein Separationsrecht nicht zusteht, ist mit Nothwendigkeit zu folgern, daß bei diesen die verfallene Leistung nicht als dingliche Last anzusehen sei Wächter, Erörterungen I. 129.

[24] Prior.O. § 12 Nr. 7: „Für eben diesen Zeitraum alle von dem Vermögen des Gemeinschuldners zu entrichtenden Real- oder öffentlichen Lasten, nämlich ... b die anderen Reallasten an Bodenzins, Gilten, Zehnten und dergleichen."

[25] Prior.O. § 12 Nr. 7 stellt die aus dem Lehen- oder Grundbarkeitsverband schuldigen Leistungen an Geld, Naturalien oder Diensten, die doch als Gegenleistungen auf einer persönlichen Verbindlichkeit beruhen, neben die Realrückstände, woraus die Gleichstellung der letzteren mit den ersteren zu folgern ist Wächter, Erörterungen I. 130.

hastationsordnung vom 23. Februar 1879 steht fest, daß der Ansteigerer eines Grundstücks für periodisch wiederkehrende Leistungen aus Reallasten aller Art nur vom Tage des Zuschlages an, nicht für unbeständige Leistungen aus der Zeit vor dem Zuschlage zu haften hat. Die bis dahin unbeständigen Leistungen werden in der ersten Reihe, rückständige Ewiggilten in der ersten Zwischenreihe der zu befriedigenden Ansprüche locirt; die Haftung des Grundstückes hiefür erlischt, wenn sie an der eingeräumten Stelle nicht zur Befriedigung gelangen [26]. Es erhellt hieraus, daß nach unserer neueren Gesetzgebung — mit Ausnahme des Ewiggelds und der in Folge des Grundentlastungsgesetzes vom 26. April 1872 neu entstandenen und neu eingegangenen Leistungen, soweit nicht wieder die Subhastation in Frage kommt — die einzelnen fälligen Leistungen der Reallasten als eine persönliche Verpflichtung des Eigenthümers, für welchen sie verfallen sind, erscheinen [27]; für die im Eigenthume des Staats stehenden Reallasten ist dieß ausdrücklich anerkannt [28]. **Nach B.G.B. haftet jeder Eigenthümer zunächst für die während der Dauer seines Eigenthums fällig werdenden Leistungen nicht bloß dinglich mit dem Grundstücke, sondern auch persönlich mit seinem ganzen Vermögen, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist** [29]; **wird das Grundstück getheilt, so haften die Eigenthümer der einzelnen Theile für diese Leistungen als Gesammtschuldner** [30]; **jeder Eigenthümer haftet aber auch, jedoch nur dinglich mit dem Grundstücke für die rückständigen Leistungen seines Rechtsvorgängers in gleicher Weise wie für rückständige Zinsen einer Hypothekforderung** [31].

---

[26] Art. 108 Ziff. 1, Art. 109 Subh.Ord. Becher § 91, II. zu Nt. 11.

[27] Es ist dieß auch die Auffassung in Bl. XXV. 397. Vgl. auch Bl. XXV. 100 Note. Auch die Bayr. Proz.O. 1869 Art. 1092 bezeichnet die Reallasten als „dem jeweiligen Besitzer in dieser Eigenschaft obliegende Lasten.“ Becher § 91, 6, 7; Ortenau-Henle, Comm. d. Subh.Ordn. zu Art. 55 Nt. 4 b.

[28] Finanzgesetz 28/12 31 § 32: „Pflichtend und haftend für rückständige Gefälle sind nur diejenigen Personen oder ihre Erben, welche dieß Objekt, aus dem sich das Gefäll ergab, zur Zeit besaßen, wo das Gefäll angefallen ist, vorbehaltlich der Bestimmungen des Hypothekengesetzes und der Prioritätsordnung.“

[29] Es sind also Reallasten auch ohne persönliche Haftung möglich; s. dazu Reatz S. 536 Nt. 3.

[30] § 1108 B.G.B. Aehnlich schon nach bisherigem Recht: Samml. XI. 410.

Für die Reallastberechtigung wird nach bisherigem Rechte, **nicht aber nach B.G.B.** Rechtsbesitz angenommen [32]. Der Berechtigte kann nicht nur die einzelne Leistung geltend machen, sondern auch über die Reallast als Ganzes verfügen; er kann sie daher, soweit sie überhaupt [33] und soweit sie selbständig veräußerlich ist [34], an ein anderes Rechtssubjekt übertragen [35] und sie umgestalten [36]. Uebergang auf ein anderes Rechtssubjekt durch erwerbende Verjährung ist nicht zulässig [37]. **Nach B.G.B. kann eine aktiv dingliche Reallast nicht vom Eigenthum am herrschenden Grundstücke getrennt** [38], **eine aktiv persönliche Reallast nicht zu einer subjektiv dinglichen Reallast gemacht und auch sonst nicht veräußert oder belastet werden, wenn**

---

[31] § 1102 B.G.B.; vgl. oben § 185, 37 und hinsichtlich der Locierung in der Subhastation s. § 10 Ziff. 4 und 8 und §§ 11, 12 R.-Subh.Ordn.

[32] Vgl. oben § 131, 65, 91, 109. Stobbe-Lehmann § 139, II. Es wird dieß auch von denjenigen anerkannt, welche in der Reallast nicht ein dingliches Recht, sondern eine mit einem Immobile in Verbindung stehende Obligation sehen z. B. Savigny, der Obligationenrecht I. 134 die Berechtigung, bei der Reallast als obligatorische bezeichnet, gleichwohl Besitz 505 dem Reallastberechtigten Besitz zuschreibt. Mit Recht heben Windscheid § 464, 5 und Randa, Besitz § 24, 38 hervor, daß die allgemeine Anerkennuug der Möglichkeit des Rechtsbesitzes von Reallasten bei denjenigen, welche die Zuläßigkeit des Rechtsbesitzes an dauernden Obligationen nicht anerkennen wollen, die Anerkennung der dinglichen Natur der Reallasten voraussetze. Daher erklärt auch Gerber, Abhandlungen 263 den Rechtsbesitz bei Reallasten für eine äußerliche und willkürliche Zuthat. Bezüglich des Standpunktes des B. G. B. s. oben § 132, 115.

[33] Unzuläßig ist Uebertragung einer an die Person gebundene Reallast und der mit einem Amt verbundenen Ansprüche Duncker, R.L. § 35, 264; Heimbach, R.L. 118.

[34] Die aktiv mit einem Immobile verbundenen Reallasten sind nicht selbstständig veräußerlich Duncker, R.L. § 35, 266; Heimbach, R.L. 118.

[35] Es sind dabei die für die Begründung vorgeschriebenen Formen zu beobachten Duncker, R.L. § 35; Renaud, R.L. § 9; Heimbach, R.L. § 117. Andere halten bloße Cession für genügend Gerber, P.R. § 179, 10; Stobbe, P.R. § 103, 15; Stobbe-Lehmann § 140, 19.

[36] Er kann sie namentlich der Ablösung unterwerfen.

[37] Die in C. 1 in VI° (2. 13) bestimmte Möglichkeit translativer Ersitzung kirchlicher Zehnten ist auf andere Reallasten nicht auszudehnen Duncker, R.L. 164; Renaud, R.L. 120; andere halten diese Ausdehnung für zuläßig Eichhorn, P.R. § 165g; Maurenbrecher, P.R. § 325, 8. Vgl. auch Stobbe-Lehmann § 140, 21 ff.

[38] § 1110 B.G.B.

der Anspruch auf die einzelne Leistung nicht übertragbar ist [39]. Wird bei einer aktiv dinglichen Reallast das herrschende Grundstück getheilt, so bleibt regelmäßig die Reallast für alle einzelnen Theile fortbestehen. Sind hier die einzelnen Leistungen theilbar, so bestimmen sich die Antheile der berechtigten Eigenthümer nach dem Verhältnisse der Größe der Theile. Sind sie untheilbar, so tritt unter den Berechtigten aktive Solidarberechtigung wie bei sonstigen untheilbaren Leistungen ein; die Ausübung des Rechts durch die mehreren Berechtigten darf aber im Zweifel für das dienende Grundstück nicht beschwerlicher werden. Die Reallast wird jedoch dann auf einen Grundstückstheil beschränkt, wenn der Berechtigte durch eine in das Grundbuch einzutragende Erklärung dem Grundbuchamte gegenüber bestimmt, daß die Reallast nurmehr mit einem Theile verbunden sein soll, oder wenn er einen Theil seines Grundstücks veräußert, ohne eine solche Bestimmung zu treffen, in welchem Falle die Reallast nur mit dem von ihm zurückbehaltenen Theile, oder wenn die Reallast überhaupt nur einem der Theile zum Vortheile gereicht, nur mit diesem allein verbunden bleibt [40].

§ 188.

IV. Rechtsmittel.

Zum Schutze der Reallasten sind nach bisherigem Rechte, **nicht nach B.G.B.** die possessorischen Rechtsmittel gegeben [1]. Die einzelnen Leistungen werden nach der einen Ansicht mit der dinglichen Klage [2], nach der anderen mit der persönlichen Klage [3], nach

[39] § 1111 B.G.B. Vgl. auch § 399, 400, 413 B.G.B. **bezüglich der Uebertragbarkeit.**

[40] § 1109 B.G.B.

[1] Duncker, R.L. § 22, 3; Unger, Ö. P.R. § 63, 28; Randa, Besitz § 30; Stobbe-Lehmann § 139, III; Erk. Jena 1839 Sf. XVI. 176; Darmstadt 20/11 1855 Sf. XIX. 55. Vgl. oben § 134, 30. 34. 115. **Ueber das B.G.B. s. oben § 134, 36. 116.**

[2] Dieser Ansicht sind: Duncker, R.L. § 23; Renaud, R.L. § 6; Maurenbrecher, P.R. § 322; Gengler, Pr.R. § 79, 6, und sie ist angenommen in der Preußischen Praxis Dernburg, Pr. P.R. I. § 308, 5.

[3] Dieser Ansicht sind: Wächter, Erörterungen I. 127; Häberlin, Z. f.

dritter Ansicht wahlweise mit dieser oder jener Klage [3a] verfolgt. Für die Anerkennung des Rechtes als Ganzen ist dem Berechtigten die confessorische Klage [4], zum Schutze gegen Anmaßung dem Verpflichteten die negatorische Klage gegeben [5]. Eine davon abweichende Meinung will dem Berechtigten zur Geltendmachung des Rechtes als Ganzen nur eine persönliche Klage (Präjudicialklage) geben [6]. Letztere Ansicht ist mit dem bayrischen Rechtszustand unverträglich. **Nach B.G.B. dient zur Erlangung der Anerkennung der Reallastberechtigung die Feststellungsklage des § 231 R.C.P.O., zum Schutze gegen die Anmaßung einer Reallast die negatorische Klage; der Anspruch auf die einzelnen Leistungen ist mit dinglicher Klage verfolgbar.**

§ 189.

V. Die einzelnen Reallasten.

Die Bestellung von Reallasten ist an sich nicht auf Rechtsverhältnisse einer bestimmten Art beschränkt; ihr Inhalt kann so

D. R. XVIII. 168; Friedlieb, R.L. 325; Gerber, P.R. § 171, 2; Stobbe, P.R. § 102, 23; Unger, Ö. P.R. § 63, 35; Müller, Beiträge § 6, 4. Eichhorn § 166, b erklärt die Klage für eine actio in rem scripta; dazu vgl. Stobbe-Lehmann § 139, 26.

[3a] v. Gerber-Cosack § 166.

[4] Duncker, R.L. § 23; Renaud, R.L. § 6; Heimbach, R.L. 87; Häberlin, Z. f. D. R. XVIII. 168; Gengler, Pr.R. § 79 Ziff. 2; Unger, Ö. P.R. § 63, 30; Erk. München 5|5 1866 Sf. XX. 109; Wolfenbüttel 10|9 1856 Sf. XXIV. 160; Förster Eccius § 188, 36; Platner, S.R. § 63, 13.

[5] Duncker, R.L. § 23, 167; Renaud, R.L. 100; Heimbach, R L. 91; Stobbe, P.R. § 102, 25; Bl. XVIII. 240; Erk. Cassel 29|4 1837 Platner, S.R. § 63, 18; Stobbe-Lehmann § 139, 27.

[6] Gerber, P.R. § 171, 4; Friedlieb, R.L. 232. Stobbe, P.R. § 103, 20 gibt zu, daß zur Geltendmachung des Rechtes im Ganzen nach constanter Praxis die Servitutenklage als actio confessoria utilis Anwendung finde, und hält dieß für gerechtfertigt, da es dem Wesen des Rechtsverhältnisses entspreche, daß durch das Urtheil in dem Prozesse definitiv die Verpflichtung des jedesmaligen Besitzers des Gutes geregelt werde, während das Urtheil in einem Präjudicialstreite nur die Universalsuccessoren, nicht die Singularsuccessoren binde. Mit dem Zugeständnisse, daß das Wesen der Reallasten die Geltendmachung des Rechts als Ganzen durch die dingliche Klage mit Nothwendigkeit voraussetze, ist der Auffassung der Reallasten als obligatorischer Rechte der Boden entzogen. Da unser Recht Obligationen, die mit einer dinglichen Klage verfolgt werden, nicht kennt, so kann ein Anspruch, zu dessen Verfolgung die dingliche Klage dient, auch nicht als Obligation definirt werden.

mannigfaltig sein als die Möglichkeit vertragsmäßiger Festsetzung. Jetzt sind die meisten der in früherer Zeit sich findenden Reallasten in Folge der Umgestaltung der wirthschaftlichen Verhältnisse auf dem Wege der Gesetzgebung beseitigt und die Neuconstituirung von Reallasten theils ganz ausgeschlossen, theils von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht [1], so daß die Zahl der Reallasten sehr reducirt ist. In dem jetzt geltenden Rechte finden sich hauptsächlich folgende:

A. Grundabgaben [2].

Die Grundabgaben kamen früher theils als Gegenleistungen, theils als Reallasten vor. Die ersteren sind die bei Uebertragung des Nutzeigenthums von seiten des Eigenthümers vorbehaltenen Abgaben [3], die ursprünglich nur eine persönliche Verbindlichkeit des Nutzeigenthümers begründeten, im Laufe der Zeit aber vielfältig in Reallasten verwandelt wurden [4]. Nach der Art der Entstehung unterschied man früher die Grundabgaben in vorbehaltene und auferlegte [5], welche Unterscheidung jetzt ihre prak-

---

[1] Vgl. oben § 185, 43.. Vgl. dazu Art. 115 E.G. z. B.G.B., wonach landesgesetzliche Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit Reallasten untersagen oder beschränken oder den Inhalt und das Maß solcher näher bestimmen, unberührt bleiben. Ausnahmen in Art. 116 a. a. O.; s. oben § 185, 41.

[2] Vgl. Seuffert, Baurecht 74; Dunker, R.L. § 17. 43; Friedlieb, R.L. § 71; Eichhorn, P.R. § 252; Mittermair, P.R. § 175; Maurenbrecher, P.R. § 338: Gerber, P.R. § 189; Beseler, P.R. § 192; Gengler, P.R. § 82; Stobbe, P.R. § 136. II; Stobbe-Lehmann § 195 Ziff. II.

[3] Es gehören dahin der Canon bei der Emphyteusis, die Verpflichtung zu Lehendiensten u. a. Mit Recht wird von Dunker, R.L. § 26 Nr. 1 und § 48 und Unger, Ö. P.R. § 63, 4 hervorgehoben, daß solche Gegenleistungen nur als persönliche Verbindlichkeiten anzusehen seien. Früher wurden sie allgemein den Reallasten zugezählt z. B. von Eichhorn, P.R. § 253. I., der gerade darin die Hauptfälle der vorbehaltenen Zinsen sah. Gegen die Auffassung als Reallast s. Erk. Rostock 3|5 1869 Sf. XXVIII. 203. Vgl. oben § 185, 10.

[4] Mit Aufhebung des grundherrlichen Verbandes sind diese Abgaben, auch wo ihre Eigenschaft als persönliche Verpflichtung anerkannt war, in Reallasten verwandelt; s. unten Nt. 12.

[5] Kreittmayr, Anm. 1c zu L.R. IV. 7, 33. Es fällt diese Unterscheidung nicht mit der oben Note 3 aufgeführten zusammen, sondern bezieht sich auf die Constituirung der Abgabepflicht von Gütern, die im Eigenthum stehen Gengler,

tische Bedeutung verloren hat. Die Grundabgaben können in Geld- oder Naturalabgaben bestehen. Eigenthümlich ist bei ihnen, daß der Umfang der Leistung fixirt und nicht von dem Ertrage des belasteten Gutes abhängig ist. Daher ist auch die Verpflichtung zur Leistung nicht von dem wirklichen Ertrage bedingt und bei Mißwachs ein Anspruch auf Remission nicht an sich gegeben[6]. Bei Grundabgaben, die in Naturalien zu leisten sind, richtet sich die Qualität der Leistung nicht nach dem Erträgnisse des verpflichteten Gutes, sondern nach allgemeinen Grundsätzen[7]. Die Leistung erfolgt an dem durch Vertrag oder Uebung bestimmten Termine[8]. Für die Beitreibung gelten die für Beitreibung von Forderungen überhaupt anwendbaren Grundsätze[9]. Im Einzelnen sind zu unterscheiden:

I. Die Grundlasten. Hieher sind zu rechnen:

1. Die fixen Abgaben an Geld und Naturalien, welche als Reallasten auferlegt sind. Sie unterscheiden sich dadurch, daß der Berechtigte den Zins holen muß[10] und daß der Verpflichtete keinen Anspruch auf Nachlaß hat[11].

P.R. § 82 Nr. 2. Die Unterscheidung hat jetzt ihre praktische Bedeutung verloren Stobbe, P.R. § 104, 4.

[6] Mittermair, P.R. § 179, 15; Eichhorn, P.R. § 253 d; Stobbe-Lehmann § 195, 30.

[7] Erk. Rostock 7/4 1868 Sf. XXIV. 256. Vielfach wird angenommen, daß die Qualität insoferne nach dem Gutserträgnisse sich richte, als der Pflichtige bei Leistung die mittlere Qualität der auf dem Gute gezogenen Früchte zu Grunde zu legen habe Stobbe, P.R. § 136, 33; Stobbe-Lehmann § 195, 34. Allein dem steht entgegen, daß die Leistung von der Fruchtziehung auf dem pflichtigen Gute überhaupt unabhängig ist.

[8] Nach einzelnen Rechten hat der Berechtigte die Leistung abzuholen (Gattergilt), es muß dieß jedoch besonders festgesetzt sein Stobbe, P.R. § 136, 32; Stobbe-Lehmann § 195, 33.

[9] Nach früherem Rechte war dem Berechtigten das Selbstpfändungsrecht gegeben, was durch die neuere Gesetzgebung allgemein beseitigt ist. Ebenso ist die Verdoppelung des Zinses bei Nichtzahlung (Rutscherzins) nicht mehr in Geltung Stobbe, P.R. § 136, 40; Stobbe-Lehmann § 195, 41; Gengler, P.R. § 82 Nr. 4.

[10] Daher die Bezeichnung Gattergilt Mittermair, P.R. § 179, 11; Kreittmayr, Anm. 4 f. zu L.R. IV. 7. 33. „Obschon endlich Canon Emphyteuticus dem Grundherrn in das Haus nachgetragen werden muß, so ist doch ein anderes in censu, und wird auch solcher keiner andern Ursache halber eine Gattergült genannt, als weil er nur bei Haus und Hof abgereicht wird, denn Gatter heißt so viel als Haus- und Hofzaun." Pr. L.R. II. 7. 478 ist diese Unterscheidung nicht anerkannt.

2. Die durch die Aufhebung des grundherrlichen Verbandes in Reallasten verwandelten Gegenleistungen und zwar:

a. Die fixen Abgaben in Geld oder Naturalien. Diese bestehen bis zur Ablösung unverändert fort und es ist nur insofern eine Umgestaltung bei ihnen eingetreten, als sie jetzt nicht mehr persönliche Verpflichtungen, sondern wirkliche Reallasten sind. Im übrigen ist an dem Inhalt der Abgabe nichts geändert und dem Verpflichteten bleibt namentlich der Anspruch auf Nachlaß, den er bisher hatte [12]. Eben dahin sind die vor Aufhebung des gutsherrlichen Verbandes in fixe Abgaben verwandelten unständigen Abgaben zu rechnen [13].

b. Die bei Fixirung der Besitzveränderungsabgaben auf dem bisher handlohnpflichtigen Grundstücke verbleibenden Bodenzinse [14].

3. Die auf Fixirung des Zehnts beruhenden Abgaben (Zehntfixum), die bei Getreidezehnten in Getreideabgaben, bei den übrigen Zehnten in Geld bestimmt sind [15]. Die fixirte Zehntabgabe nimmt die Natur eines Bodenzinses an und ist, wenn nicht vertragsmäßig oder herkömmlich anderes bestimmt ist, am 15. Dezember jeden Jahres zu entrichten [16].

---

[11] Mittermair, P.R. § 179, 15; Kreittmayr, Anm. 4c zu L.R. IV. 7. 33: „und weil die Prästation so gering ist, könnte auch propter casus fortuitos ein Nachlaß an dem Zins mit Billigkeit nicht begehrt werden." Seuffert, Baurecht 75. Nach Pr. L.R. II. 7. 488 hat der Verpflichtete ein Recht auf Nachlaß nur, insofern ihm ein solcher an der landesherrlichen Contribution gewährt wird.

[12] Vgl. darüber Eichhorn, P.R. § 253d; Mittermair, P.R. § 180, 16; Bayr. L.R. IV. 7. 9 Nr. 9, vgl. mit Krüll, Handbuch § 475—485; Pr. L.R. II. 7. 478. Den Fortbestand des Anspruchs auf Nachlaß erkennt Ablösungsges. 4|6 48 Art. 28 ausdrücklich an.

[13] Dahin gehören die vor dem 4. Juni 1848 in eine Geldabgabe (Dienst- oder Scharwerkgelder) verwandelten Frohnen Ablösungsgesetz Art. 2 und Art. 8, 2 Bl. XV. 173.

[14] Nach Grundentlastungsgesetz Art. 15 wird die Fixirung in der Art vollzogen, daß bei der nächsten Besitzveränderung ein Handlohnsbetrag baar bezahlt wird; der Rest des Aequivalents kann als ein zu vier Prozent verzinsliches Bodenzinskapital liegen bleiben. Ueber die Fixirung der Besitzveränderungsabgaben vgl. Pözl, Commentar zum Ablösungsgesetz 208 f. und Bf.R. § 67, 6; 68, 8, § 70.

[15] Grundentlastungsgesetz Art. 9—14. Ueber die Zehntfixation vgl. Pözl, Bf.R. § 70, 5; Becher § 92, 19.

[16] Grundentlastungsgesetz Art. 14.

4. Die zufolge des Lehenedikts 7/6 1808, des revidirten Lehenedikts 15/8 1828 und des Lehenablösungsgesetzes 4/6 1848 constituirten Bodenzinse [17].

Nach dem Ablösungsgesetze vom 4/6 1848 steht dem Verpflichteten [18] das Recht der einseitigen Ablösung bei allen fixen Grundgefällen zu [19], wobei Naturalabgaben behufs der Ablösung nach den gesetzlich bestimmten Sätzen in Geld anzuschlagen sind [20]. Die Ablösung erfolgt, wenn ein bestimmtes Kapital rechtsgültig festgesetzt ist, durch Baarerlage desselben [21], außerdem entweder baar durch Erlegung des Achtzehnfachen ihres jährlichen Betrags [22] oder durch Constituirung eines zu 4 % verzinslichen, von seiten des Berechtigten nicht aufkündbaren Bodenzinskapitals im achtzehnfachen Betrage der fixen Rente, also durch Verwandlung in Bodenzins, wobei der Verpflichtete, wenn der Berechtigte der Staat ist, das Bodenzinskapital durch Annuitäten abtragen kann [23] während er anderen Berechtigten gegenüber auf baare Heimzahlung des Kapitals angewiesen ist [24]. Das Grundentlastungsgesetz vom 28/4 1872 [24a] hat dagegen dem Gefällschuldner die Ablösung in großem Umfange zur Pflicht gemacht. Alle Grundabgaben, welche den Jahresbetrag von sechs Kreuzern nicht überstiegen, mußten bis Ende 1875 durch Baarerlag des achtzehnfachen Betrags der fixen Abgabe abgelöst sein. Wird ein in seiner Gesammtheit mit einer Grundabgabe belasteter Grundbesitz getheilt,

---

[17] Vgl. unten § 231, 3 und § 246, 20 und 35; Pözl, Comment. zum Grundlastenablösungsgesetz S. 340 und 351.

[18] Der Berechtigte hatte nur die Befugniß der Abtretung an den Staat Ablösungsgesetz Art. 7, für deren Ausübung durch Finanzgesetz 1/7 56 § 5 Nr. 5 ein Präclusivtermin bis zum 30. September 1861 bestimmt war Pözl, Vf.R. § 72, 4.

[19] Ablösungsgesetz Art. 21.

[20] Ablösungsgesetz Art. 24.

[21] Ablösungsgesetz Art. 22. Dahin gehören die oben Note 17 angeführten Bodenzinse, welche durch Erlegung des fünfundzwanzigfachen Betrags ablösbar sind.

[22] Ablösungsgesetz Art. 23; Pözl, Vf.R. § 70, 9.

[23] Ablösungsgesetz Art. 30; Pözl, Vf.R. § 70, 9.

[24] Ablösungsgesetz Art. 29; Pözl, Vf.R. § 70, 9. Tilgung durch Annuitäten findet hier nur durch Vermittlung der Ablösungskasse statt. Ablösungsgesetz Art. 37; Pözl, Vf.R. § 70, 9.

[24a] Vgl. zum Folgenden Pözl, V.R. § 71; Becher § 92, IV—IX.

so ist mit dem Besitzwechsel die Belastung derjenigen Theile abzulösen, für die das jährliche Reichniß an den nämlichen Berechtigten jeweils weniger als dreißig Kreuzer beträgt; die Ablösung erfolgt nach dem Ablösungsgesetz vom 4/6 1848. Alle vom 1. Januar 1875 ab anfallenden Handlohnsäquivalente sind baar zu entrichten. Die sämmtlichen der Ablösungskasse des Staates neuerdings bis 31. Dezember 1875 einschl. überwiesenen Grundgefälle, Bodenzinscapitalien und Handlohnsäquivalente sind in der Weise abzulösen, daß nur der um ein Achtel erhöhte Jahresbetrag der einzelnen Leistung bis zum Jahre 1934 fortbezahlt wird. Auch konnte nicht nur der Verpflichtete, sondern auch der Berechtigte bis zum 31. Dezember 1875 kündigen; mangels Einigung über die Heimzahlung hat der Pflichtige das Bodenzinscapital dadurch zu tilgen, daß er vom 1. Januar 1876 an den um ein Achttheil erhöhten Jahresbetrag bis 1934 an den Berechtigten entrichtet. Alle so neu entstehenden Leistungen haben die Natur und Wirkung von Grundabgaben; der neue Erwerber des belasteten Grundstücks haftet für die sämmtlichen Rückstände.

II. Gesetzlich bestimmte Bodenzinsen. Neuere Gesetze bestimmen die Constituirung von Bodenzinsen in folgenden Fällen:

1. Die Kosten, welche zur Herstellung und Unterhaltung der nach dem Gesetz 28/5 1852 durchgeführten Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen erforderlich sind, werden unter die bei der Genossenschaft betheiligten Grundeigenthümer repartirt; die Beitragspflicht wird als Reallast auf den einschlägigen Immobilien bestellt. Diese Beitragspflicht ist einseitig nicht ablösbar und erlischt nur mit dem vorschriftsmäßigen Ausscheiden des Grundstücks aus der Genossenschaft oder mit der Auflösung der letzteren [25].

2. Wird bei Ablösung des Weiderechts nach den Bestimmungen des Weidegesetzes 28/5 1852 die Entschädigung durch Constituirung einer Jahresabgabe geleistet, so wird diese als Reallast auf den einzelnen betheiligten Grundstücken bestellt. Sie ist, wenn nichts anderes ausgemacht ist, am 15. Dezember jeden Jahres fällig, und kann von Seite des Verpflichteten durch Baarzahlung des zwanzigfachen Betrags abgelöst oder in ein vierprozentiges Bodenzinskapital verwandelt werden [26].

---

[25] Bewässerungsgesetz 28/5 52 Art. 13 und 14; Pözl, Verw.R. § 158, 4.

3. Die nach dem Forstgesetze 29/5 52 auf Grund freiwilliger Vereinbarung oder in den gesetzlich bestimmten Fällen an die Stelle der Naturalforstberechtigungen als Reallast constituirten Geldleistungen können von seiten des Verpflichteten durch Erlegung des zwanzigfachen Betrags abgelöst werden [27].

4. Nach Gesetz 28/5 52 [28] kann die dem Zehntberechtigten obliegende kirchliche Baupflicht bei Ablösung des Zehnts von diesem nach seiner Wahl in einen als Reallast zu constituirenden ständigen jährlichen Baucanon umgewandelt werden, dessen Betrag dem vierprozentigen Zins aus dem Kapitalwerth der Zehntbaupflicht entspricht [29] und der von seiten des Baupflichtigen nach vorgängiger halbjährlicher Aufkündigung durch Erlag des Kapitalwerthes der Baupflicht abgelöst werden kann [30].

5. Bei Vertheilung von Bestandtheilen des Grundstockvermögens der Ortsgemeinden, soweit diese überhaupt zulässig ist, wird nach gesetzlicher Bestimmung den einzelnen Theilen ein Grundzins aufgelegt, über dessen Größe die Betheiligten Beschluß zu fassen haben, und der von seiten des Verpflichteten jederzeit durch Erlegung des fünfundzwanzigfachen Betrags ablösbar ist [31].

Der Constituirung neuer Bodenzinsen durch Disposition steht nach unserem Rechte nichts entgegen [32]; doch sind dieselben durch Baarerlag des für sie bestimmten Kapitals von seiten des Pflichtigen ablösbar [33] und es ist deßhalb bei ihrer Constituirung die Festsetzung des für die Ablösung maßgebenden Kapitals erforderlich [34].

B. Forstrechte.

Das Beholzigungsrecht (jus lignandi) kann auch als Reallast constituirt sein [1]. Von manchen wird dieß als die Regel angesehen,

[26] Weidegesetz 28|5 52 Art. 12 f. und 41 f.; Pözl, Verw.R. § 161. Vgl. oben § 179, 71.

[27] Forstgesetz 28/5 52 17|6 1896 Art. 29 und 30; Pözl, Verw.R. § 167; vgl. oben § 182, 26 f.

[28] Ges. die kirchliche Baupflicht betr. 28/5 Art. 1 und 9; vgl. unten § 189, H.

[29] Ges. 28/5 52 Art. 9.

[30] Gesetz 28/5 52 Art. 10.

[31] Gem.O. 1869 Art. 27; Pözl, Vf.R. § 101 Nr. 4; vgl. oben § 40, IV.

[32] S. Pözl, Commentar zum Ablösungsgesetz S. 213.

[33] Ablösungsgesetz Art. 22.

[34] Pözl, Commentar zum Ablösungsgesetz S. 213.

[1] Erk. Wiesbaden 26|3 1852 Sf. VII. 42; München 14|3 1846 Arnold,

indem alle Fälle des Beholzigungsrechts hieher gerechnet werden, in welchen der Eigenthümer des dienenden Grundstücks eine Handlung vorzunehmen [2] oder eine Gegenleistung zu empfangen hat [3]; es wird in diesen Fällen das Beholzigungsrecht als eine Reallast [4] oder als ein eigenthümliches, von den gemeinrechtlichen Servituten zu unterscheidendes und nach Analogie der Reallasten zu beurtheilendes dingliches Recht [5] (deutschrechtliche Servitut) erklärt. Allein überwiegend wird auch in diesen Fällen das Recht als Servitut aufgefaßt [6] und es entspricht dieß auch den Bestimmungen des Bayrischen [7] und Preußischen Landrechts [8]. Für das Rechtsgebiet des gemeinen Rechts ist jedoch die Praxis in Bayern schwankend. Während einerseits der Auffassung des Bayrischen Landrechts entsprechend dem Beholzigungsrecht der Charakter

---

Erörterungen 575; 11|12 1848 Bl. XVII. 239; 17|3 1862 Bl. XXVII. 378; 3|3 1868 Bl. XXXIII. 394; 29|2 1871 Sammlung 1. 299; Rostock 4|7 1862 Budde IV. 167.

[2] In der Regel hat der Verpflichtete jetzt das von dem Berechtigten zu beziehende Holz zu fällen und dem letzteren anzuweisen, vgl. oben § 182, 35.

[3] Würde es als Unterscheidungsmerkmal des jus lignandi als Servitut anzuerkennen sein, daß der Berechtigte das Holz selbst zu fällen habe, so würde ein Beholzungsrecht als Servitut kaum irgendwo in Deutschland vorkommen, da regelmäßig der Verpflichtete das Holz zu fällen und dem Berechtigten anzuweisen hat. Die Gegenleistungen des Berechtigten bestehen gewöhnlich in einem Recognitionsgelde für die Anweisung, sie können aber auch in einer Geldabgabe bestehen, welche die Abgabe zu einem geringeren als dem laufenden Preise vorstellt; vgl. oben § 182, 35.

[4] Mittermair, P.R. § 171, 2; Hillebrand, P.R. § 74, 3; Erk. München 4|6 1850 Sf. V. 6., 23|10 1874 Sammlung V. 46.

[5] S. Erk. Wolfenbüttel 5|7 59 Sf. XIV. 117.

[6] Mittermair § 171, 2; Erk. Wolfenbüttel 5/7 1859 Sf. XIV. 117; München 17/3 1862 Bl. XXVII. 379; Celle 25/2 1871 Sf. XXV. 257; Darmstadt 8/4 1873 Sf. XXIX. 12; 1|7 1873. XXIX. 14. s. gegen diese Auffassung unten Nt. 11.

[7] Bayr. L.R. II. 8. 15 und Kreittmayr, Anm. 1 c oben § 182, 35. In dem Gebiet des Bayrischen Landrechts wird das Recht, Holz um ein Anweisgeld aus einem fremden Wald zu beziehen, nach constanter Praxis als Dienstbarkeit aufgefaßt. Arends V. 364. Bl. XXXI. 269 und 368. Auch das Bayrische Forstgesetz vom 28. März 1852/17. Juni 1896 steht auf diesem Standpunkte.

[8] Das Pr. L.R. I. 22. 197 führt die Holzungsgerechtigkeit nur als Grundgerechtigkeit auf Förster Eccius, P. P.R. § 187, 160 f., es kann aber nach Preuß. Recht auch die Natur einer Reallast haben. Förster Eccius P. P.R. § 188, 77.

als Servitut beigelegt wird, ohne Rücksicht darauf, daß der Verpflichtete bestimmte Leistungen zu machen[9] und bestimmte Gegenleistungen zu empfangen hat[10], wird andererseits das Beholzigungsrecht, wie es sich bei uns findet, ganz allgemein als Reallast[11] oder als ein eigenthümliches, von den römisch-rechtlichen Servituten zu unterscheidendes dingliches Recht[12] erklärt. Die Auffassung als

---

[9] Bl. XXI. 230 ist in dem Rechtsstreit über die Forstrechte an dem Nürnberger Reichswald ausgesprochen: „der Umstand, daß die Fällung des Holzes durch die Verpflichteten geschehe, entscheide nicht gegen die Servituteigenschaft, da diese Fällung nur aus forstpolizeilichen Rücksichten für den Berechtigten und auf dessen Kosten durch die betreffende Forstbehörde, welcher aus gleichen Gründen auch die Ausstellung der Anweisung obliege, besorgt und veranlaßt werde."

[10] Bl. XIII. 286 ist ausgesprochen, daß es schon eine Berechtigung bilden könne, eine gewisse Quantität Holz um den laufenden Preis aus einer bestimmten Waldung zu erhalten, umsomehr also um die Forsttaxe; ebenso Bl. XXXI. 269.

[11] Erk. München 4/6 50 Sf. V. 6 erklärt die Holzrechte, bei welchen der Eigenthümer der dienenden Sache etwas zu leisten habe, allgemein für Reallasten.

[12] Bl. XXVII. 379 erklärt Holzrechte, bei welchen der Besitzer des dienenden Waldes zur Ausübung des Rechts selbstthätig mitwirken muß, zwar nicht direkt als Reallasten, aber als von den römischen Prädialservituten zu unterscheidende dingliche Rechte. Die gleiche Auffassung findet sich Erk. Wolfenbüttel 5/7 59 Sf. XIV. 117. II., und Gönner, Comment. I. 394 Note, der sich dahin äußert: „Man muß aber die Reallasten von Realservituten nach H.G. § 22 Nr. 5 wohl unterscheiden, und sich vor den sog. servitutibus juris germanici in faciendo consistentibus z. B. Holzgerechtigkeiten sorgfältig in Acht nehmen." Daraus hat sich in der Praxis die Meinung gebildet, daß solche Realservituten, welche den Ertrag eines Grundstücks wesentlich mindern wie Weide- Streu- und Holzrechte, als Reallasten zu behandeln seien s. Nibler, H.R. § 26, 1 und Jungermann, Handbuch 189; s. auch den Rechtsfall Sammlung I. 299, wonach ein Forstrecht bestehend in dem Recht unentgeltlich Stock- und Dürrholz zu sammeln, sowie Rechstreu nach Bedarf zu beziehen, als ein selbstständiges Hypothekenobjekt behandelt wurde. Allein diese Auffassung, nach welcher alle Weide- und Forstrechte zu Zwecken des Hypothekenbuchs als Reallasten zu behandeln sein würden, ist ganz unhaltbar, da sie auf der unzuläßigen Annahme der deutschrechtlichen Servitutes in faciendo beruht vgl. oben § 168, 24 und nur den Zweck hat, die an sich verfehlte Ausschließung der Grunddienstbarkeiten von der Eintragung in das Hypothekenbuch aufrecht zu erhalten, vgl. oben § 179, 46. Jede Grunddienstbarkeit vermindert den Werth des belasteten Objekts und beeinträchtigt dadurch die Sicherheit der Gläubiger; ob dieß bei den einen mehr, bei den andern weniger der Fall ist, kommt nicht in Betracht. Es wäre aber ganz verfehlt, wenn man die ersteren,

Servitut scheint mir aber auch gemeinrechtlich allein begründet zu sein [13] und ist auch unserer Gesetzgebung zu Grunde gelegt [14]. Das Beholzigungsrecht kann gleichwohl auch als Reallast constituirt sein [15], unterscheidet sich jedoch dann von der Dienstbarkeit darin, daß es als jährliche Leistung auf ein Immobile ohne Rücksicht auf den Waldbestand desselben gelegt ist. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, finden die Bestimmungen des Forstgesetzes 28/3 1852 17/6 1896 auf das Beholzigungsrecht als Reallast keine Anwendung [16]. Dagegen sind die Bestimmungen des Grundlastenablösungsgesetzes über die Ablösung von Naturalabgaben nach vorgängiger Veranschlagung in Geld darauf anwendbar [17].

C. Rentenkauf [17a] — Ewiggeld.

I. Allgemeines.

Der Rentenlauf war im Mittelalter ein in ganz Deutschland bekanntes Institut, das sowohl durch die Gesetzgebung des

---

um ihre Eintragung möglich zu machen, ihres juristischen Charakters entkleiden und unter die Reallasten stellen wollte.

[13] Es spricht dafür außer den oben § 182, 35 aufgeführten Gründen schon der Umstand, daß das Recht auf Bau- und Brennholz in der Regel mit dem Recht auf Raff- und Leseholz und Streurechen, deren Eigenschaft als Dienstbarkeit nicht bezweifelt werden kann, vereinigt constituirt ist; vgl. z. B. den Rechtsfall Bl. XIV. 351.

[14] Das Forstgesetz faßt in Art. 23—33 das Beholzigungsrecht, das es unter den Forstberechtigungen aufführt, als Dienstbarkeit auf, da es Art. 32 eine Ausübung von seiten des Berechtigten voraussetzt, auf welche die forstpolizeilichen Bestimmungen Anwendung finden können.

[15] Derartige Fälle s. Arnold, Erörterungen 575; Bl. XVII. 239; XXVII. 378; XXXIII. 294; Sammlung I. 299; Erk. Rostock 4/7 62 Buchka und Budde, Entsch. IV. 167; Erk. Wiesbaden 26/3 52 Sf. VII. 42.

[16] A. M. Brater, Commentar zum Forstgesetz 438; Schwaiger, Comm. z. F.G. S. 28. Allein auf die Reallast des Beholzigungsrechts diese Bestimmungen anzuwenden ist gar keine Veranlassung, da diese den Bestand eines Waldes gar nicht voraussetzt, während das Forstgesetz die Forstberechtigungen nur insoferne beschränkt, als dadurch der pflichtige Wald in seinem Bestand gefährdet werden kann.

[17] Vgl. oben Nt. 20.

[17a] Vgl. Stobbe, zur Geschichte des Rentenkaufs Z. f. D.R. XIX. 178; Arnold, Geschichte des Eigenthums 1861; Albrecht, Gewere § 18; Duncker, R.L. § 16; Mittermair, P.R. § 283; Maurenbrecher, P.R, § 328; Gengler, P.R. § 83; Gerber, P.R. § 188; Stobbe, P.R. § 104; Stobbe-Lehmann § 142; Roth, D. Pr.R. § 288 Ziff. II.

Reiches als durch die Landesrechte ausgebildet war. Dieses im Mittelalter sehr verbreitete Geschäft, welches die Stelle unserer hypothekarischen Darlehen einnahm, wird von den einen auf die Häuserleihe, ein dem gutsherrlichen ähnliches, in allen größeren Städten im Mittelalter sich findendes Verhältniß zurückgeführt[18], während die anderen darin eine selbständige, durch das Creditbedürfniß hervorgerufene Bildung sehen[19]. Der Rentenkauf bestand in der Erwerbung einer jährlichen aus einem Grundstücke zu zahlenden Rente um eine unter den Betheiligten vereinbarte Summe. Die Rente konnte ursprünglich sowohl in Naturalien[20] als in Geld bestehen. Ursprünglich war das Geschäft einseitig nicht auflöslich[21], erst die spätere Gesetzgebung gewährte dem Rentenschuldner, nicht aber dem Gläubiger ein einseitiges Aufkündigungsrecht[22]. Die Rückkaufssumme konnte ursprünglich willkürlich be-

[18] Dieß hatte schon Albrecht, Gewere 158 als Grundlage angenommen, und der Gedanke wurde von Arnold, Geschichte des Eigenthums 88 und 134 und Pauli, Wiboldsrenten 15 weiter ausgeführt. Dagegen erklären sich Duncker, R.L. § 12; Stobbe, Rentenkauf 179 und P.R. § 104, 8; Stobbe-Lehmann § 142 Nr. 1. Das Richtige scheint zu sein, daß der Rentenkauf theils aus der Häuserleihe sich entwickelte, theils selbstständig sich ausbildete. Für München liegen nähere historische Untersuchungen noch nicht vor; der Umstand, daß in München auch grundzinsiges Eigenthum mit Ewiggeldern belastet wird unten Nt. 68 läßt jedoch auf einen gleichen Entwicklungsgang schließen.

[19] Vielfältig nahm man früher an, der Rentenkauf sei aus dem Bestreben der Umgehung der Zinsverbote hervorgegangen, s. gegen die Auffassung Duncker, R.L. 69; Stobbe, Rentenkauf 181. Er erscheint vielmehr als selbstständige wirthschaftliche Bildung Stobbe, P.R. § 104, 9; Stobbe-Lehmann § 142 Nr. 1, 2.

[20] Die Renten waren wie die Zinse häufig in Naturalien bestimmt Arnold, Eigenthum 61 und 102. Dieß findet sich auch in München Auer, Einleitung 135 und nach Französischem Recht Zachariä § 397, 2, nicht aber in Lübeck Pauli, Wiboldsrenten 40. In Hamburg sind Naturalrenten immer reservirte Renten Baumeister, P.R. § 23, 8.

[21] Für die Rente mußte die Ablösbarkeit früher besonders stipulirt werden Auer, Einleitung 145; Pauli, Wiboldsrenten 17. Die unablösliche Rente wurde im Sächsischen Recht als ein besonderes Rechtsinstitut von der von seiten des Verpflichteten ablöslichen Rente unterschieden Müller, Beiträge 84 und 109, 10, und besteht als eisernes Capital noch im sächs. B.G.B. § 515 fort.

[22] Schon frühzeitig wurde durch die Gesetzgebung in einzelnen Rechtsgebieten dem Schuldner die Befugniß einseitiger Ablösung eingeräumt, so in Lübeck 1251 Pauli, Wiboldsrenten 17, in München von 1391 an Auer, Einleitung 145; andere Statuten s. Stobbe, P.R. § 104, 37; Stobbe-Lehmann 142, 47; in einzelnen Gesetzen wurde die Neuconstituirung unablöslicher

stimmt werden [23], später wurde jedoch ein gewisser Maßstab gesetzlich festgesetzt [24]. Die Errichtung erfolgte theils durch Reservation [25], theils durch Auflegung [26] und setzte Einwilligung der nächsten Erben des Schuldners voraus [27]. Der Rentengläubiger hatte ein später beseitigtes Vorkaufsrecht an dem belasteten Gegenstand [28] und daher Anspruch darauf, daß bei Veräußerung seine Einwilligung eingeholt wurde [29]; ebenso stand ihm die Befugniß zu, gegen Deteriorationen des Schuldners einzuschreiten [30]. Da bei Nichtzahlung der Rente dem Gläubiger das ganze Objekt zugesprochen wurde, war es ursprünglich unzuläßig, ein Objekt mit mehreren Renten zu belegen; später wurde das Verhältniß der concurrirenden mehreren Renten geregelt [31]. Der Anspruch auf Zahlung der Rente ging nur gegen das Immobile [32], persönliche Haftung des Rentenschuldners mußte

---

Renten untersagt, so Solmser, L.O. II. 15. 4. Dagegen ist die öfter sich findende Behauptung, daß die Ablösbarkeit reichsgesetzlich allgemein vorgeschrieben worden sei, nicht begründet s. Stobbe, P.R. § 104, 38; Stobbe-Lehmann § 142, 48. Als auf einem gemeinrechtlichen Rechtssatze beruhend, nimmt die Kündbarkeit an Erk. Jena 19|5 1836 Sf. VI. 234.

[23] Arnold, Eigenthum 225; Pauli, Wiboldsrenten 78.

[24] Auer, Einleitung 145; Stobbe, P.R. § 104, 10 und 39.

[25] Duncker, R.L. § 18; Pauli, Wiboldsrenten 35; Auer, Einleitung 134, 2; Stobbe, P.R. § 104, 4.

[26] Duncker, R.L. § 16. I. Die Auflegung erfolgte theils durch gerichtliche Auflassung Friedlieb, R.L. § 19, 3 und 12; Stobbe, Z. f. D. R. XIV. 186; P.R. § 104, 13, theils durch Eintragung in die Gerichtsbücher, R.L. § 19, 13; Stobbe, Z. f. D. R. XIX. 187 und P.R. § 104, 14, oder Ausstellung einer Urkunde Friedlieb, R.L. § 19, 8; Stobbe, P.R. § 104. 15; Stobbe-Lehmann § 142, 19 ff. Dem Rentengläubiger stand eine Gewere am Zins, nicht aber am Grundstücke zu Stobbe, P.R. § 104, 16; Friedlieb, R.L. § 19, 4; Stobbe-Lehmann § 142, 23.

[27] Stobbe, Rentenkauf 195; Auer, Einleitung 131; Stobbe-Lehmann § 87, 34.

[28] Albrecht, Gewere 132, 276; Pauli, Wiboldsrenten 71, 179; Auer, Einleitung 136, 3; Stobbe, P.R. § 88, 24.

[29] Pauli, Wiboldsrenten 71, 178; Stobbe, P.R. § 104, 34; Stobbe-Lehmann § 142, 44.

[30] Auer, Einleitung 169, 4; Stobbe, P.R. § 104, 33.

[31] Stobbe, P.R. § 104, 35; Friedlieb, R.L. § 20, 29: Stobbe-Lehmann § 142, 45.

[32] Pauli, Wiboldsrenten 59; Auer, Einleitung 131; Stobbe, P.R. § 104, 20; Stobbe-Lehmann § 142, 29. Mit dem Untergang des belasteten Immobiles ging daher auch der Anspruch des Gläubigers unter Duncker, R.L. 74.

besonders stipulirt werden [33]; der Eigenthümer haftete für die Rückstände [34], konnte sich aber durch Dereliktion von der Rentenschuld befreien [35]. Gegen den säumigen Rentenschuldner waren verschiedene Rechtsmittel gegeben, theils Einwältigung des Objekts [36], theils Zinsbuße [37], dann Pfändung von Mobilien [38] und Vergantung [39]. Im Laufe der Zeit gingen in den meisten Rechtsgebieten die Renten in den zinsbaren Hypotheken auf [40], indem die ursprünglich nur dem Schuldner zustehende Kündigungsbefugniß auch dem Gläubiger eingeräumt wurde [41]. Während der Rentenkauf früher auch in anderen jetzt zu Bayern gehörigen Rechtsgebieten verbreitet war [42], hat er sich als selbständiges Institut nur in München und außerhalb Bayerns nur in Hamburg [43] und Lübeck [44] erhalten. In München kamen Vergabungen zu Seelgeräth schon zu Ende des

---

[33] Pauli, Wiboldsrenten 63; Auer, Einleitung 135, 5; Stobbe, P.R. § 104, 42. Mehrfach wurde die persönliche Haftung gesetzlich bestimmt.

[34] Stobbe, P.R. § 104, 32; Duncker, R.L. 76.

[35] Duncker, R.L. 78; Stobbe, P.R. § 104, 26; Stobbe-Lehmann § 142, 35.

[36] Albrecht, Gewere 159, 370; Friedlieb, R.L. § 20, 27, § 21, 7; Duncker R.L. 72; Pauli, Wiboldsrenten 81; Auer, Einleitung 132, 3; Stobbe, P.R. § 104, 22; Stobbe-Lehmann § 142, 32. Dem Eigenthümer stand nach manchen Rechten ein Einlösungsrecht zu Stobbe, P.R. § 104, 23; Duncker Z. f. D. R. XI. 472.

[37] Albrecht, Gewere 159, 370; Pauli, Wiboldsrenten 58.

[38] Albrecht, Gewere 159, 370; Stobbe, Rentenkauf § 70, 30 und P.R. § 70, 28 und § 104, 21; Friedlieb, R.L. § 20, 25; Stobbe-Lehmann § 143, 31.

[39] Duncker, R.L. 80. Auer, Einleitung 134, 1. Dieß war die Grundlage des in München üblichen Verfahrens der Vergantung.

[40] Renten finden sich auch noch nach Reception des römischen Rechts vielfältig von den hypothekarischen Darlehen unterschieden s. Duncker, Z. f. R.G. XI. 471; in den meisten Rechtsgebieten verwandelten sie sich jedoch in Folge der dem Gläubiger eingeräumten Kündigungsbefugniß sehr bald in hypothekarische Darlehen, so in Württemberg Wächter, W. P.R. I. 642, 12; Mecklenburg Meibom, H.R. § 1, 14; Sachsen Müller, Beiträge 79. Die Renten sind in viel größerem Umfang als die jüngere Satzung die Grundlage für die Entwicklung des Hypothekenrechts in Deutschland geworden.

[41] Stobbe, P.R. § 104, 50; Müller, Beiträge 78.

[42] Erwähnt wird er außer München in Nürnberg Rathserlaß 8|12 1532 Sammlung 757, Weissenburg Stat. 1739 IV. Würzburg (Rosenthal, Eigenthum S. 68 ff.) Arnold II. 720, dann in den bei Riedl § 77 S. 151 citirten Stellen.

[43] Roth, D. P.R. § 288 Nt. 43.

[44] Roth, D. P.R. § 288 Nt. 44.

13. Jahrhunderts vor[45]; der Rentenkauf im gewöhnlichen Verkehre findet sich aber erst seit Anfang des 14. Jahrhunderts[46]. Das Stadtrecht enthält nur vereinzelte Bestimmungen[47] und erst zu Ende des 15. Jahrhunderts wurde das Rechtsverhältniß durch die Gesetzgebung näher bestimmt. Zuerst wurde 1478 die öffentliche Errichtung für alle Ewiggeldbriefe gesetzlich vorgeschrieben[48] und damit die Anlegung von Grundbüchern in Verbindung gebracht, welche bis zum Jahre 1484 vollendet waren[49]. Das erste Grundbuch enthielt die Verzeichnung nur der innerhalb der Ringmauern gelegenen Immobilien und hatte die auch später beibehaltene Eintheilung der Stadt in Viertel (Anger-, Haggen-, Kreuz- und Graggenauerviertel) zur Grundlage[50]. Wahrscheinlich wurde gleichzeitig eine Instruktion oder Ordnung erlassen, von der wir jedoch keine weitere Kenntniß haben[51]. Erst zu Ende des 16. Jahrhunderts wurde das Grundbuchswesen einer eingehenden Revision unterworfen. Zunächst wurde durch die Gantordnung 19/5 1571[52] die Execution geregelt und sodann zwei Grundbuchsordnungen für Häuser und Grundstücke in der Stadt von 1572[53] und für Häuser und Grundstücke, welche außer den Mauern, jedoch im Burgfrieden liegen, von 1573[54] erlassen und in Folge davon das jetzt bestehende Grundbuch angelegt[55]. Diese Grundbuchordnungen wurden auf

---

[45] Riedl 10; es ist hier also die gleiche Entwicklung wie die, welche Arnold, Eigenthum 93 für andere süddeutsche Städte nachgewiesen hat.

[46] Riedl S. 11. Die erste Veranlassung scheint wie in anderen Städten der große Brand von 1327 gegeben zu haben Bergmann, Geschichte der Stadt München S. 47.

[47] Es sind namentlich Art. 223 Von . . . Gült . . . verkaufen; 398 Umb Versteuern Ewiggeld; 401 Um Todgeschäft.

[48] Riedl 53; Auer, Einleitung 144. Wie andere auf Immobilien bezügliche Geschäfte wurde der Rentenkauf schon im 14. Jahrhundert in das Gerichtsbuch eingetragen, doch scheint dieß im Laufe der Zeit außer Uebung gekommen zu sein unten Nt. 78. Das Gleiche findet sich in Prag Stobbe, Rentenkauf 187.

[49] Riedl S. 54; Auer, Einleitung 152, 5.

[50] Riedl 54, Auer, Einleitung 152. Diese ältesten Grundbücher sind nicht erhalten.

[51] Riedl S. 54.

[52] Abgedruckt bei Riedl, U. S. 38—63 und Auer, Stadtrecht S. 223—242.

[53] Abgedruckt bei Riedl, U. S. 64—79 und Auer, Stadtrecht 243—254.

[54] Abgedruckt bei Riedl, U. S. 79—89 und Auer, Stadtrecht 255—262.

[55] Dieses Grundbuch besteht aus 16 Bänden für die innere, 8 für die

einen vom Magistrat erstatteten Bericht vom 13. Mai 1608[56] einer wiederholten Revision unterzogen, welche erneuerte Grundbuchordnung vom 12. Mai 1628[57] die Grundlage des noch jetzt geltenden Rechts bildet[58]. Eine Erweiterung hat das Ewiggeldinstitut dadurch erhalten, daß durch Gesetz 22/2 1855 das Münchner Stadtrecht und damit auch das Ewiggeldrecht auf den ganzen Umfang der Burgfriedensgrenze ausgedehnt worden ist[59]. Eine besondere Form des Rentenkaufs sind die Realrenten der bayrischen Landeskulturrentenanstalt[60]. **Nach B.G.B. geht das Institut des Ewiggeldes in der Grundrentenschuld auf**[61].

II. Entstehung und Beendigung des Ewiggeldes.

Für das Ewiggeldinstitut der Stadt München gelten folgende Grundsätze:

1. Objekt. Das Ewiggeld kann nur an unbeweglichen Sachen[62], also Häusern und Grundstücken, errichtet werden, welche sich innerhalb des Burgfriedens der Stadt München befinden. Ursprünglich war dieß beschränkt auf den Umkreis des älteren Burgfriedens[63]; durch Gesetz 22/2 1855 ist das Münchner Stadtrecht und damit auch die Geltung des Ewiggeldinstituts auf den ganzen Umkreis des Burgfriedens ausgedehnt[64].

äußere Stadt und 2 für grundzinsige Realitäten Riedl 93, Auer, Einleitung 152, 2.

[56] Abgedruckt bei Riedl, U. S. 89—126.

[57] Abgedruckt bei Riedl, U. S. 126—135 und Auer, Stadtrecht 263—269.

[58] Ueber das Ewiggeldrecht der Stadt München vgl. Riedl, das Ewiggeldinstitut in München 1819; Arnold, Einklagung der Hypothekkapitalzinsen in Bayern und der Ewiggeldrenten in München, Erlangen 1855 § 73—168 und Auer, das Stadtrecht von München Einleitung CXXIX.—CCXL. Die letztere Darstellung wird hier mit arabischen Ziffern und zur Unterscheidung vom Stadtrecht als „Auer, Einleitung" citirt.

[59] Vgl. unten Nt. 64.

[60] Gesetz 21|4 1884 Art. 8. Die Realrente ist in den durch das Gesetz bestimmten Fällen durch Kündigung von seiten des Gläubigers ablösbar.

[61] §§ 1191—1203 B.G.B.; s. unten § 196c.

[62] Ausgeschlossen ist die Errichtung von Ewiggeldern auf dinglichen Rechten, auch solchen, welche die Eigenschaft von Hypothekenobjekten haben Auer, Einleitung 153, 4.

[63] Auer, Einleitung 153, 3.

[64] Gesetz 22|2 55 Art. 1: „Die Statutar- und Gewohnheitsrechte der Stadt München kommen in dem ganzen Umfang der Burgfriedensgrenze, soweit sich dieselbe dermalen erstreckt oder künftig erstrecken wird, zur Anwendung."

2. Subjekte. Errichten kann ein Ewiggeld nur der Eigenthümer der Sache, welche belastet werden soll [65]. Miteigenthümer können die Errichtung nur gemeinsam vornehmen [66]. Voraussetzung ist, daß der Eigenthümer über das Objekt verfügen kann und dispositionsfähig ist. Die Grundbarkeit des Objekts hindert die Ewiggelderrichtung nicht, nur setzt diese Einwilligung des Grundherrn voraus [67]. Der Umstand, daß das Objekt mit anderen Reallasten belegt ist, steht der Errichtung nicht entgegen, doch darf die Errichtung den bereits aufgelegten Reallasten nicht präjudiciren [68]. Ist das Objekt mit Hypotheken belastet, so setzt die giltige Errichtung Einwilligung der Hypothekgläubiger voraus [96]. Die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers kann durch einen in das Grundbuch eingetragenen Arrest (Grundbuchsclausel) beschränkt sein [70]. Ursprünglich setzte ein solcher Arrest bestimmt bezeichnete gesetzliche Gründe oder Bewilligung des Stadtraths voraus [71]; jetzt ist auch

[65] Riedl § 80. S. 156.

[66] Auer, Einleitung 155, 1. A. M. Riedl § 89. S. 155, der jedoch die Zuläßigkeit der Giltbestellung auf einem intellektuellen Antheile nur aus dem Bayr. L.R. IV. 13. 3 ableiten will. Dagegen spricht jedoch schon die Untheilbarkeit der Reallast oben § 187, 5 und der Umstand, daß die Ewiggeldgant immer das ganze Objekt umfaßte vgl. 1. Aufl. § 179. In Lübeck war früher die Bestellung an einem Quotantheil eines Objekts gestattet Pauli, Wieboldsrenten 44, und gleiches findet sich in dem älteren Münchner Recht Auer, Einleitung 132, 2.

[67] Auer, Einleitung 154, 4. Der gutsherrliche Verband ist jetzt zwar aufgehoben, allein der Grundverband kann noch bei dem Platzrechte vorkommen.

[68] Bodenzinsiges Eigenthum wurde jedenfalls nach der späteren Uebung zur Ewiggeldbestellung zugelassen Riedl § 80. S. 156, Auer, Einleitung 154, 2, und es sind daher für dieses besondere Grundbücher angelegt Riedl § 75 S. 93, Auer, Einleitung 152, 2. Daß das Objekt mit Ewiggeldern bereits belastet ist, steht der Errichtung weiterer Ewiggelder nicht entgegen Auer, Einleitung 158, 4.

[69] Auer, Einleitung 158, 3. Die gültige Errichtung der Ewiggelder ist nicht von der Eintragung in das Hypothekenbuch bedingt; da jedoch den eingetragenen Hypotheken im allgemeinen der Vorrang vor den nicht eingetragenen dinglichen Lasten eingeräumt ist, so ist auch die Geltendmachung des dem Ewiggeld zustehenden Separationsrechts gegenüber eingetragenen Hypotheken von dem Vortrage des Ewiggeldes in der I. Rubrik bedingt.

[70] Riedl § 128 S. 209. Auer, Einleitung 158, 2. Rechtlich handelt es sich hier nicht um einen Arrest im Sinne d. R.C.P.O.

[71] G.B.O. 1628 Art. 13: „Es sollen auch kaine Arrest ins grundbuch eingeschriben werden, obgleich derjenige, deme das grundstück gehört, darein gewilliget hete, außgenommen in diesen Fällen, als nemblich: 1. Wann den

vertragsmäßige Beschränkung des Eigenthümers als ein genügender Grund der Eintragung eines Arrestes anzusehen [72].

Erwerben kann ein Ewiggeld jeder Erwerbsfähige. Die früher gegen Fremde [73] und Juden [74] bestehenden Ausnahmebestimmungen sind beseitigt.

3. Errichtung. Diese setzt voraus:

a) Einen giltigen Titel. Die Errichtung des Ewiggelds erfolgt durch Disposition des Eigenthümers; Ersitzung ist kein Erwerbstitel des Ewiggeldrechts, da die zur Entstehung der Reallast erforderliche Eintragung in das Grundbuch nicht durch Zeitablauf ersetzt werden kann [75]. Die Disposition kann in einer letztwilligen Verfügung [76] oder einem Vertrage [77] bestehen, letzterer ist jetzt dem notariellen Verbriefungszwang unterworfen [78].

Kindern ir väter- oder müeterlich gueth oder ainer frauen ir heurathgueth oder morgengabe versichert wurd. 2. Item da ainer zu erbesserung erpauung oder erkauffung aines grundstücks sein gelt herleihen thete, desgleichen auch, da noch ain rest am kaufschilling ausstendig were; in solchen und sonsten kainem andern Fall künden und mügen die Arrest in die grundbücher eingeschrieben werden, es were dann sach, das solches von ainem ersamen Rathe insonderheit verwilliget wurde."

[72] Riedl § 128 S. 137; Auer, Einleitung 158, 2. Es wird hier die Bestimmung des Hyp.G. § 44 über das Hypothecirungsverbot analog anwendbar sein vgl. unten § 201.

[73] St.R. Art. 223 verbietet die Veräußerung von Immobilien und Gilten an Klöster und Nichtbürger. Diese Beschränkung ist schon in der Gantordnung von 1571 beseitigt Auer, Einleitung 147, 4.

[74] Ges. 29/6 51 Art. 1. Arnold, Einklagung § 77, 5.

[75] Es tritt hier das gleiche Verhältniß ein wie bei der Ersitzung des Grundeigenthums, bei welchem der Formmangel nicht durch Zeitablauf ersetzt werden kann oben § 156. 43. A. M. Auer, Einleitung 165, der zwar zugiebt, daß ein nicht eingetragenes Ewiggeldrecht nicht ersessen werden kann, allein eine Ersitzung eingetragener Ewiggelder für zuläßig hält. Es ist dieß jedoch eine Verwechslung mit der Klageverjährung, da hier nicht der Erwerbstitel durch Zeitablauf ersetzt, sondern die dem Eigenthümer zustehende Befugniß der Anfechtung durch Zeitablauf ausgeschlossen wird. Riedl § 43 S. 87 hält die in St.R. Art. 33 und 34 bestimmte Ersitzung der rechten Gewere für noch anwendbar s. dagegen Auer, Einleitung 164.

[76] St.R. Art. 401: Auer, Einleitung § 40.

[77] Riedl § 42 S. 36; Auer, Einleitung § 39

[78] Nach früherem Rechte mußte der Vertrag gerichtlich errichtet werden G.B.O. 1572 Art. 1 und 1573 Art. 6; G.B.O. 1628 Art. 1 und 2; vgl. Auer, Einleitung 155. Dieß war jedoch erst seit 1478 allgemein vorgeschrieben,

b) Eine giltige Verfügung. Die Disposition muß den bestehenden Gesetzen entsprechen. Die Beschränkungen, welche auch nicht vertragsmäßig beseitigt werden können, beziehen sich theils auf den Umfang der Belastung, theils auf die Höhe des Kaufpreises, theils auf die gesetzlichen Vorschriften über die Ablösung.

α) Ursprünglich war die Befugniß der Ewiggeldbestellung unbeschränkt[79]; durch Magistratsbeschluß 14/11 1769 wurde jedoch ausgesprochen, daß die Bestellung nicht zwei Drittheile des Werthes des Grundstücks übersteigen dürfe[80], und es ist dieß durch die Praxis noch weiter ausgedehnt, indem jetzt die Bestellung von Ewiggeldern nur insoweit gestattet wird, als nicht der Capitalanschlag der Gilten die Hälfte des Werths der Sache nach einer nicht zwei Jahre alten Schätzung übersteigt[81].

β) Die giltige Disposition setzt die Bestimmung eines Capitals voraus, um dessen Betrag der Giltmann die Gilt einseitig ablösen kann[82]. Dieses Capital darf für die Gilt[83] nicht einen höheren

---

während vorher außergerichtliche Errichtung statthaft war Auer, Einleitung 164 und oben Nt. 48. Nach den bei Gelegenheit der Verhandlungen über das Notariatsgesetz abgegebenen Erklärungen kann der Vertrag jetzt nach der Wahl der Interessenten notariell oder gerichtlich errichtet werden, während die Ausstellung des Ewiggeldbriefs ausschließlich zur Competenz des Ewiggeldgerichts gehört Zink, Comment zum Not.Ges. 443, 6 und unten Note 93.

[79] Riedl § 63. S. 79.

[80] Auer, Einleitung 159.

[81] Auer, Einleitung 160, Arnold, Einklagung § 77, 2. Nach Riedl § 120 S. 129 war früher die Hälfte des Schätzungswerths nur bei Objekten bestimmend, die nicht über 12,000 fl. Werth hatten, während bei anderen die Belastung bis zu zwei Drittheilen gestattet wurde.

[82] G.B.O. 1572 Art. 10: „Item als auch je bisweilen ain zeit her die ewiggelt wolfailer und nit umb solche summa, als ain gulden gelts umb zwainzig gulden, oder fünff gulden umb ainhundert gulden, völlig, sondern etwo vil geringer verkauft und eingethan worden, welches der uhralten ewigengeltordnung auch den rechtmessigen satzungen zuwider, hat demnach ain ersamer rhat gesetzt und mit ernst bevolchen, das auf beschechens ansprechen der kauffer und verkauffer bey verlierung des ewigen gelts schuldig sein sollen wahrhafftig anzuzaigen, wie der ewiggelt verkaufft worden; solche summa soll alsdann in den ewiggelt- oder willbrief auch in die grundpüecher geschrieben und gesetzt werden, und der innhaber des hauß oder grundstucks umb solche summa und nit höcher den ewiggelt ablösen mügen. Aber die verzinnsung soll er bis auf die ablösung völlig raichen; also, wann ainer ainem fünff gulden gelts um siebenzig gulden haubtsumma verkaufft, soll der innhaber järlich die fünff gulden gült völlig ze raichen schuldig, aber entgegen auch

als den zwanzigfachen Betrag darstellen, die Verzinsung darf daher 5 % nicht übersteigen [84]; dagegen kann eine geringere Verzinsung, also ein höherer Capitalbetrag giltig bedungen werden [85]. Die in den früheren Gesetzen bestimmte Strafe des Verlustes des Capitals bei Ueberschreitung des Verbots ist jetzt nicht mehr anwendbar, vielmehr ist nur die Uebereinkunft ungiltig, soweit sie das erlaubte Maß überschreitet [86]. Die durch das Gesetz 5/12 1867 verfügte Aufhebung der Zinsbeschränkungen ist auf dieses Verhältniß ohne Einfluß [87].

γ) Die für die Ablösung des Ewiggelds geltenden gesetzlichen Bestimmungen sind der Abänderung durch vertragsmäßige Festsetzung entzogen. Die Ablösungssumme darf daher nicht höher als der Ankaufspreis bestimmt werden [88] und es darf weder die Unablöslichkeit des Ewiggeldes [89], noch die Befugniß des Giltherrn zur Aufkündigung [90] stipulirt werden.

---

solche fünff gulden gelts mit den sibenzig gulden und nit mehr abzulösen schuldig sein."

[83] Diese besteht jetzt durchgängig in einer Geldleistung Riedl § 76 S. 145, Auer, Einleitung 147, 7. Früher waren Naturalabgaben ganz gewöhnlich, Auer, Einleitung 135, die aber später alle in Geldleistungen verwandelt oder zu solchen angeschlagen wurden.

[84] G.B.O. 1628 Art. 6: „Und demnach auch, wie fürkombt, die ewiggelt ersten anfangs bißweilen wolfailer und nit umb die landtsgebreuchige summa, als ain gulden pr. zwanzig gulden, oder fünf gulden pr. hundert gulden, sondern etwan vil geringer verkauft und aufgelegt werden, welches nit allein der uhraltn ewiggeltsordnung, sonder auch den rechtmässigen satzungen zuwider ist, also hat ain ersamer rathe gesetzt und mit ernst anbevolchen das hinfüro kain ewiggelt bei verlierung des haubtguets anderst aufgelegt werde, dann ain gulden gelts pr. zwanzig gulden capital; und sollen deßwegen auf beschechnes zusprechen so wol der kauffer als verkauffer bei der statschreiberei warhafftig anzezaigen schuldig sein, ob der herleicher die angegebne summa one allen abbruch und aufhebung völlig bezahle, und ob der inhaber des grundstücks vielleicht einen jarzinß minder oder mehr vorhinein bezahlen müsse."

[85] Riedl § 81 S. 99, § 88 S. 106; Arnold, Einklagung § 76, 3.

[86] Auer, Einleitung 160 Nr. 3.

[87] Das Verhältniß der 5% Verzinsung bildet bei dem Ewiggelde nur den Maßstab für die Bestimmung des gesetzlich geregelten Kaufpreises.

[88] Auer, Einleitung 161.

[89] G.B.O. 1572 Art. 8: „Item es sollen stadtschreiber und unterrichter nun füran kainen brief, darinnen der verkaufft ewiggelt steuerfrey verschrieben sey, nit mer siglen, deßgleichen auch kainen ewiggeltbrief auf unablößlich, wie vor alters gebrauchig gewest, weder schreiben noch siglen, es geschehe dann

δ) Der für Bestellung des Ewiggelds bedungene Kaufschilling muß bei Constituirung desselben baar bezahlt werden[91].

c) Eintragung in das Grundbuch. Das Ewiggeld setzt zu seiner giltigen Entstehung Eintragung in das Grundbuch voraus. Das Grundbuch wird in München seit dem Jahre 1484 geführt und umfaßt alle in dem Burgfrieden gelegenen Grundstücke und Häuser[92]. Der Eintragung geht die Ausstellung des Ewiggeldbriefs voraus[93]. Die Eintragung in das Grundbuch[94], ohne welche der Ewiggeldbrief nicht ausgehändigt werden darf[95], ist die Voraussetzung der Bestellung[96]. Im Hypothekenbuche werden die Ewiggelder zwar vorgetragen[97], jedoch nur wie andere Reallasten zur Wahrung des Vorrangs gegenüber eingetragenen Hypotheken[98].

4. Beendigung. Die Erlöschung des Ewiggelds setzt immer Löschung im Grundbuche voraus[99]. Löschungsgründe sind:

---

mit rahts vorwissen und erlaubnus." Die G.B.O. 1628 erwähnt diese Beschränkung nicht mehr, sie ist aber in der Praxis allgemein anerkannt Riedl § 5 S. 105 und § 81 S. 158; Auer, Einleitung 160, 2.

[90] Gantordnung 1571 Art. 2 § 8: „soviel aber die nebenbrief betrifft, darinn dem gilteinnemer die aufforderung des ewiggelts zugelassen wirdet, die sollen hiemit auf künftig nit geben noch aufgericht noch minder darauf erkent werden." Auer, Einleitung 161, 3.

[91] Auer, Einleitung 161, 2.

[92] Riedl § 51 S. 53, § 54 S. 57 und § 75 S. 93; Auer, Einleitung 152. Hartter, die deutsche Grundübereignung besonders zu München Bl. XIII. 260. Darauf beziehen sich die Grundbuchsordnungen von 1572, 1573 und 1628 Auer, Stadtrecht S. 243—269.

[93] S. über diesen Riedl § 83, 100 und 166; die Ausstellung des Ewiggeldbriefs steht ausschließlich dem Ewiggeldgerichte nicht den Notaren zu; s. Zink, Comment. zum Not.Ges. 443, 6 und oben Note 78.

[94] Ueber das Verfahren vgl. Riedl § 122, 131.

[95] Riedl § 122, 131.

[96] G.B.O. 1572 Art. 1; 1628 Art. 1; Riedl § 122 S. 131; Auer, Einleitung 155, 2; Arnold, Einklagung § 78, 3.

[97] H.G. § 135: „Von den auf der Sache haftenden Ewiggeld-Capitalien ist eine summarische Anzeige ihres Gesammtbetrages sowohl an Capital als an den davon jährlich zu entrichtenden Ewiggeldern in das Hypothekenbuch einzutragen und darüber ein beglaubigter, jedoch nur summarischer Auszug aus den über die Ewiggelder besonders geführten Büchern den Akten beizulegen." Die Eintragung der Ewiggelder erfolgt von Amtswegen ohne Anmeldung Einf.Ges. 1|6 22 § 7.

[98] Vgl. unten § 198.

[99] Riedl 104, Auer, Einleitung 191.

a) Der gänzliche Untergang der Sache[100], Consolidation der Giltberechtigung und des Eigenthums der Sache in einer Person[101] und Verzicht des Berechtigten[102].

b) Richterliche Verfügung, wenn zur Strafe der unrichtigen Angabe der Kaufsumme bei Transport die Verwirkung des Ewiggeldcapitals ausgesprochen wird[103].

c) Früher Delirung in Folge der Herabgantung[104], jetzt Ausfall bei der Subhastation.

d) Einseitige Ablösung von seiten des Schuldners[105].

e) Amortisation. Die Bestimmungen des Hypothekengesetzes § 82 über die Amortisation von Hypothekcapitalien[106] werden auf Ewiggeldcapitalien analog angewendet[107].

III. Inhalt des Ewiggeldes.

Ueber die Rechtsverhältnisse der Interessenten ist folgendes zu bemerken:

I. Rechte des Ewiggeldgläubigers. 1. Der Ewiggeldgläubiger hat Anspruch auf Zahlung der Gilt. Die Gilt ist 14 Tage nach dem Verfalltage fällig[108]. Sie ist eine dingliche Last des Objekts[109], nicht eine persönliche Verpflichtung des Schuldners,

---

[100] Riedl § 86, 169; Auer, Einleitung 188 Nr. 1, wo die Annahme von Kreittmayr, Anm. d zu G.O. XX. 16, daß durch Abbrennen des Hauses das Ewiggeld erlösche, widerlegt ist, da es ja auf dem Boden fortdauert.

[101] Riedl § 86 S. 104 und 170; Auer, Einleitung 189 Nr. 2.

[102] Riedl § 86 S. 104; Auer, Einleitung 190 Nr. 5.

[103] Auer, Einleitung 190 Nr. 4; vgl. unten Nt. 120.

[104] Vgl. Roth, B. C.R. 1. Aufl. § 179, 20.

[105] Vgl. unten Nt. 137 ff. und Auer, Einleitung § 50.

[106] Vgl. unten § 221.

[107] Ausschreibung des k. Stadtgerichts München l. J. 4|11 1871 in Münchner Neueste Nachrichten 1871 Nr. 99203.

[108] Gantordnung 1571 Art. 1 § 2: „Das ein jeder Mitburger der ainen ewigen Golt oder gült under gmainer stat geschwornen ewigengeltinsigel hat auf ainem grundtstuck allhie in der stat oder burckfrid gelegen . . . . der mag nach verscheinung 14 tag nach der gültzeit, darauf sich der ewiggeld verfallen hat, aber ee nit, ainen aus den vier gemeiner stat ambtleuten ansprechen . . . das er dem . . Inhaber seines verpfendten und verschribnen unterpfandts sperre." Riedl § 78 S. 152; Auer, Einleitung 166 Nr. 1; Arnold, Einklagung § 89, 3. Eine ähnliche Bestimmung hat das ältere Lübische Recht Pauli, Wieboldsrenten 58.

[109] Vgl. unten Note 144, Auer, Einleitung 170 f. Die Rente haftet nur auf der Sache nicht auf den Früchten Riedl § 78 S. 96 und 152.

da persönliche Haftung des Ewiggeldschuldners durch besondere Vereinbarung begründet werden muß[110]. Eine abweichende Meinung will zwischen gefreiten und ungefreiten Gilten unterscheiden und nur den ersteren den dinglichen Charakter beilegen. Die gefreiten Gilten waren ursprünglich die einjährigen Rückstände, welche gleichen Rang mit den correspondirenden Ewiggeldcapitalien hatten[111], während alle übrigen Rückstände als ungefreite Gilten nach den Ewiggeldcapitalien, aber vor allen anderen Forderungen zum Zuge kamen[112] und ohne Rücksicht auf ihr Alter und die Priorität des Ewiggeldcapitals mit gleichem Range unter sich locirt wurden[113]. Durch die Prioritätsordnung von 1822 war dieß dahin geändert worden, daß den zweijährigen Giltrückständen der Rang des Ewiggeldcapitals und der Vorrang vor allen Hypothekcapitalien, den Giltrückständen aber der Platz nach den Hypothekcapitalien eingeräumt wurde[114], woraus von manchen der Schluß gezogen wurde, daß nur die ersteren, nicht aber die letzteren als dingliche Lasten anzusehen seien. Allein die Bestimmung der Prioritätsordnung bezog sich nur auf den Rang der Giltrückstände in Concurrenz mit Hypothekcapitalien und war ohne Einfluß auf die rechtliche Natur der älteren Rückstände, deren dinglicher Charakter gesetzlich anerkannt ist, da das Separationsrecht auch ihnen zustand[115]. Nach der b. Subh.Ordn. v. 1879 (Art. 109) genießen die aus dem letzten

[110] Vgl. unten Note 144.

[111] Gantordnung 1571 Art. 7.

[112] Gantordnung 1571 Art. 2 § 7.

[113] A. M. Riedl § 78 S. 97 und 155, der auch die älteren Giltrückstände nach der Priorität des Ewiggeldcapitals lociren will; s. dagegen Auer, Einleitung 175, 2.

[114] Prior.O. 1|6 22 § 6: „Ist die Sache nicht bloß mit Ewiggeldern, sondern auch mit Hypotheken belastet, so hat von den jährlichen Gilten neben dem bei Eröffnung der Gant laufenden Jahre, auch der Rückstand von den zwei unmittelbar vorhergehenden Jahren den Vorzug vor den Hypotheken, dann folgen die Hypotheken und nach diesen die andern Rückstände an ungefreiten Gilten. In Ansehung der gefreiten Gilten und der Ewiggelt-Capitalien hat es bei den Ewiggeldrechten sein Verbleiben."

[115] Prior.O. 1|6 22 § 6: „Das Separationsrecht steht ferner dem Ewiggeld der Stadt München sowohl in Ansehung der Capitalien als der davon zu entrichtenden jährlichen Gilten und Zinsen zu." Auer, Einleitung 168, 4 und 184; Arnold, Einklagung § 83. Ueber die Meinung, welche nach Bayrischem Recht das oben erwähnte Princip auf alle Reallasten anwenden will vgl. oben § 187, 22.

Giltjahre vor der Beschlagnahme rückständigen Ewiggilten (gefreite Gilten) und die von dem Verfalltermine bis zum Zuschlage sich berechnenden Giltbeträge sowie die Ewiggeldcapitalien selbst, die jedoch gegen Abrechnung am Kaufschillinge nach Maßgabe der Art. 6 und 38 der Novelle zur Subh.Ordn. vom 29. Mai 1886 auf dem ersteigerten Gegenstande liegen bleiben, ferner die rückständigen Ewiggilten aus dem dem letzten Giltjahre vorausgehenden Giltjahre (bevorzugte Gilten) ein Recht auf vorzugweise Befriedigung zwischen den Forderungen der ersten und zweiten Reihe und unter sich nach der Zeitfolge des Eintrags im Hypothekenbuche, alle weiteren Rückstände an Ewiggilten ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung zwischen den Forderungen der zweiten und dritten Reihe und unter sich nach Verhältniß ihres Betrags. Auch durch diese Bestimmung ist an dem rechtlichen Charakter der Giltrückstände nichts geändert worden.

2. Der Ewiggeldgläubiger kann sein Recht durch Vertrag oder letzten Willen ganz oder theilweise auf einen anderen Gläubiger übertragen[116]. Zum Uebergang auf den neuen Erwerber ist Errichtung eines Transportbriefs[117] und Eintragung in das Grundbuch[118] erforderlich, während bei Vererbung ein Transportbrief nicht errichtet, sondern der erbweise Uebergang nur in dem Grundbuch eingetragen wird[119]. Bei kaufsweiser Uebertragung des Ewiggeldes sind die Contrahenten den wahren Kaufpreis anzuzeigen verpflichtet[120], da der Ewiggeldschuldner die Befugniß hat, um diesen das Ewiggeld abzulösen[121]. Das Umgehen dieser Vorschrift ist mit dem Verluste des Ewiggeldes bedroht, die Verwirkung des Ewiggeldes wird durch richterliches Erkenntniß ausgesprochen[122].

---

[116] Auer, Einleitung 170, 2 und 186, 3.

[117] Vgl. über diesen Riedl § 84, 101.

[118] G.B.O. 1628 Art. 1 und 4; Auer, Einleitung 175, 3.

[119] Riedl § 82 S. 100.

[120] G.B.O. 1628 Art. 7: „Wann aber ain ewiggeld nit erst auf ain grundstuck gelegt sonder als ein alter ewiggelt weitter verkaufft würdet, gibt man nit maß oder ordnung, wie ain jeder seinen ewiggelt verkauff oder kauffe; wie dann ain jeder solche ewiggelt seines gefallens gar wol wolfayler geben darf, und darüber auch transport- oder übergabbrief ohne mitl aufgericht werden künden; doch sollen dißfalls die partheyen auch vleissig erinnert werden, daß sie den rechten kauf bei gleichmessiger verliehrung des hauptguets treulich und aufrichtig anzaigen, und ain mehrers nit, dann was sie in der warheit darumben geben in den wilbrief einschreiben lassen."

[121] Vgl. unten Note 141.

3. Der Ewiggeldgläubiger kann sein Recht verpfänden, zwar nicht durch Bestellung einer Hypothek[123], aber durch Bestellung eines gewöhnlichen Pfandrechts[124]. Wird ein Ewiggeld gepfändet, so hat das Vollstreckungsgericht die Eintragung der Pfändung im Grundbuche von Amtswegen zu veranlassen[125].

4. Bei Concurrenz mehrerer Ewiggeldcapitalien bestimmt sich die Reihenfolge nur nach der Zeit der Eintragung im Grundbuche[126]. Mit dem Capital hatte nach früherem Ewiggeldrechte die gefreite Gilt gleichen Rang und ging daher den späteren Ewiggeldern vor[127]. Ungefreite Gilten standen sämmtlichen Ewiggeldcapitalien mit ihren gefreiten Gilten nach und hatten ohne Rücksicht auf ihr Alter und die Priorität des Ewiggeldcapitals unter sich gleichen Rang[128]. Soweit jedoch Ewiggeldcapitalien mit Hypothekcapitalien concurrirten, gingen die Gilten des laufenden Jahres und der zwei unmittelbar vorhergehenden Jahre mit den Ewiggeldcapitalien den Hypothekcapitalien vor, während die übrigen Giltrückstände den Hypothekcapitalien nachstanden[129]. Die nunmehr nach der b. Subh.Ordn.

---

[122] Auer, Einleitung 186, 2 und 190, 4. Riedl § 80 S. 157 constatirt, daß, obwohl die Uebertretung dieser Vorschrift notorisch, doch ein Anwendungsfall der Strafbestimmung nicht bekannt sei, und läßt es dahingestellt, ob die letztere nicht als durch Gewohnheit derogirt anzusehen sei. Allein diese Annahme widerspricht dem auch bei uns anerkannten Grundsatze, daß sich gegen verbietende Gesetze derogirende Gewohnheiten nicht bilden können vgl. oben § 9, 28, und sie ist daher von Auer, Einleitung 186, 2 mit Recht zurückgewiesen.

[123] Auer, Einleitung 170 führt mit Recht aus, daß das Ewiggeld die in Hyp.Ges. § 3 bestimmten Eigenschaften eines zur Hypothekbestellung geeigneten dinglichen Rechtes habe. Allein in der Praxis ist die von Gönner, Comment. I. 118 ausgeführte entgegenstehende Ansicht recipirt vgl. unten § 200. Für diese Roth, D. P.R. S. 541 Nt. 15; D. Not.Zeit. 1874 S. 183; Ortenau-Henle, Comm. z. Subh.Ordn. zu Art. 2 Nt. 1 Abs. 2; Becher § 120 Nt. 8; A. M. Regelsberger, Hyp.R. 3. Aufl. § 46 Ziff. 5.

[124] Vgl. unten § 228.

[125] Art. 125 A.G. z. R.C.P.O. mit § 731 R.C.P.O. Der Gläubiger, dem das gepfändete Ewiggeld zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen wurde, kann auch die Ueberweisung im Grundbuch eintragen lassen, hat aber solches unmittelbar beim Grundbuchamte zu veranlassen; vgl. Böhm, A.G. S. 203.

[126] Riedl § 78, 97; Auer, Einleitung 174, 1. Die Theile eines Ewiggeldscapitals haben unter sich gleichen Rang Auer, Einleitung 186.

[127] Vgl. oben Note 111. Nach früherem Ewiggeldrechte waren nur einjährige Rückstände gefreite Gilten.

[128] Auer, Einleitung 175, 2; vgl. oben § 113.

[129] So schon Prior.O. § 6; nunmehr § 39 R.K.O. Auer, Einleitung 175, 2

von 1879 geltende Rangfolge ist bereits oben in Ziff. 1 angeführt.

5. Die Ewiggeldcapitalien und die davon rückständigen Gilten haben im Concurs ein Absonderungsrecht [130].

6. Der Ewiggeldgläubiger hat einen gesetzlichen Titel zur Erwerbung einer Hypothek auf der belasteten Sache für die Rückstände an Gilten. Da nur die jeweiligen zweijährigen Rückstände den Hypothekcapitalien vorgehen, so dient eine solche Eintragung zur Sicherung des Vorrangs vor den Hypothekcapitalien [131].

II. Rechte des Ewiggeldschuldners. 1. Der Ewiggeldschuldner kann alle Dispositionen über die Sache treffen, durch welche das Recht des Ewiggeldgläubigers nicht beeinträchtigt wird. Er kann daher, soweit nicht die Bestimmungen des Ewiggeldrechts entgegenstehen [132], andere Ewiggelder auflegen [133] und Hypotheken eintragen lassen [134]. Ebenso kann er die belastete Sache veräußern [135], aber nicht ohne Zustimmung des Ewiggeldgläubigers theilen [136].

2. Der Ewiggeldschuldner hat das Recht der einseitigen Ablösung des Ewiggeldcapitals und zwar ist diese Befugniß mit dem Rechtsverhältniß in der Art verbunden, daß auch nicht vertragsmäßig darauf verzichtet werden kann [137]. Das Ewiggeld darf nur im ganzen abgelöst werden, wenn nicht der Gläubiger in eine

---

bezeichnet dieß mit Recht als ein Ausnahmegesetz für den Fall der Concurrenz von Ewiggeld- und Hypothekcapitalien.

[130] Prior.O. § 6; Auer, Einleitung 180.

[131] Auer, Einleitung 167, 3 hebt mit Recht hervor, daß Giltrückstände unter die Bestimmungen d. H.G. § 12, 4 fallen, wie dieß auch Gönner, Comment. I. 195 annimmt, und daß der Gläubiger allerdings ein Interesse an der Eintragung habe. Vgl. auch unten § 205.

[132] Dieß gilt namentlich von der Belastung über die Hälfte des Werthes oben Nt. 81 und bei Eintragung eines Arrestes oben Nt. 72.

[133] Auer, Einleitung 158, 4 und 171, 4.

[134] Auer, Einleitung 171, 3.

[135] Auer, Einleitung 171, 2.

[136] Auer, Einleitung 171, 5.

[137] G B O. 1572 Art. 8: „Deßgleichen auch keinen Ewiggeldbrief auf unablöslich wie vor Alters gebreuchig gewest weder schreiben noch siegeln es geschehe denn mit Rhats Vorwissen und Erlaubniß." Die hier vorbehaltene Genehmigung durch den Rath ist mit der jetzigen Gerichtsverfassung nicht vereinbar, daher nicht mehr zulässig; dagegen ist die auf Grund des früheren Rechtes in einzelnen Fällen mit Rathsgenehmigung bestimmte Unaufkündbarkeit noch zu Recht bestehend Auer, Einleitung 195, 2.

theilweise Ablösung willigt [138]. Der Ewiggeldschuldner muß die Ablösung zwei Monate vor dem Verfalltage verkünden [139] und innerhalb der nächsten 14 Tage, von diesem an gerechnet, Zahlung leisten, worauf dem Ewiggeldgläubiger ein persönlicher Anspruch zusteht [140]. Die Ablösungssumme besteht in dem Kaufpreis [141] und bei Transport unter dem Kaufpreis in dem Transportpreis [142], bei nicht gekauften Gilten in dem Capitalsanschlag und in Ermanglung eines solchen in dem zwanzigfachen Betrage der Gilt [143].

3. Der Ewiggeldschuldner haftet nicht persönlich, wenn er nicht eine solche Haftung ausdrücklich übernommen hat [144]. Daher kann der Ewiggeldgläubiger, der aus dem Objekte nicht befriedigt wird, keinerlei Rechte gegen das übrige Vermögen des Ewiggeldschuldners geltend machen [145] und jeder Eigenthümer haftet für alle Rückstände [146], weßhalb sich auch der Eigenthümer durch Dereliktion von jeder weiteren Haftung befreien kann [147].

IV. Rechtsmittel.

Zur Geltendmachung seines Rechtes hat der Ewiggeldgläubiger die Besitzklagen [148] und, wenn ihm vom Schuldner das Ewiggeld gekündigt ist, die persönliche Klage [149], dann zur Verfolgung des Rechtes im ganzen die actio confessoria utilis [150]. Für die Klage

---

[138] Auer, Einleitung 196, 4.

[139] G.B.O. 1572 Art. 12 § 7 und 1573 Art. 9 § 7; Auer, Einleitung 197, 1.

[140] Auer, Einleitung 197.

[141] G.B.O. 1572 Art. 10.

[142] G.B.O. 1628 Art. 7 oben Note 120.

[143] Auer, Einleitung 196, 1.

[144] Gantordnung 1571 Art. 2 § 8: „Die anderen nebenbrief aber, darinn sich ainer allein baß versichert auf mereren underpfandten ligenden oder varenden, die seien nit abgeschafft, dieselben nebenbrief binden aber den künftigen oder nachkumenden einthüer des grundstucks gar nit mit seinem haab und guet, sunder nur den hypothecanten, oder der im nebenbrief bekennt und seine erben, und weiter niembt." Auer, Einleitung 173.

[145] Auer, Einleitung 171.

[146] Auer Einleitung § 46.

[147] Ueber das dabei einzuschlagende Verfahren s. Auer, Einleitung 171.

[148] Riedl § 90 S. 108; Auer, Einleitung 199.

[149] Auer, Einleitung 197.

[150] Auer, Einleitung 197.

auf die Ewiggeldrente[151] war früher der privilegirte Ewiggeldprozeß gegeben, welcher in der Hauptsache noch dem im 16. Jahrhundert üblichen Verfahren entsprach[152] und auch in der Prozeßgesetzgebung von 1869 noch anerkannt war[153], nunmehr aber in allen seinen Theilen theils durch die Reichscivilprozeßordnung[154], theils, soweit die Zwangsvollstreckung wegen Ewiggilten in Betracht kommt, durch die Subhastationsordnung aufgehoben ist[155]. Es greifen jetzt auch hier das ordentliche reichscivilprozeßrechtliche Verfahren und die Bestimmungen der Subhastationsordnung Platz[156]; jedoch findet wegen rückständiger Ewiggilten die sofortige Zwangsvollstreckung aus Ewiggeldbriefen auch statt, ohne daß diese der sonstigen Formen eines Vollstreckungstitels oder der Vollstreckungsklausel bedürften, für einen Rechtsnachfolger des ursprünglichen Ewiggeldgläubigers indessen nur dann, wenn das Ewiggeld im Grundbuch auf denselben umgeschrieben ist[157]. Auch ist das Einlösungsrecht der Ewiggeldgläubiger, das für den Fall gegeben war, daß der Erlös zur Deckung ihrer Ansprüche nicht zureicht, aufgehoben[158]. Dagegen hat jeder Hypothekgläubiger, falls ein Ewiggeldgläubiger die Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsversteigerung erwirkt, bis zur Ertheilung des Zuschlags das Recht, durch vollständige Entrichtung

[151] Die Praxis ließ den privilegirten Ewiggeldproceß nur für die nach der Pr.O. 1/6 1822 § 6 gefreiten Gilten, d. h. zweijährige Rückstände zu; dem ursprünglichen Recht entsprach dieß jedoch nicht s. Auer, Einleitung 212, 2 und Arnold, Einklagung § 83.

[152] Die Gesetzgebung ging früher ganz offen darauf aus, die Execution möglichst hinauszuziehen, und hatte zu diesem Behufe die sog. Quatembergerichte eingeführt, welche erst 1803 beseitigt wurden. Riedl 80 führt einen Fall an, wo in einer Gant 889 Ganttage gehalten wurden und nur die Gebühren des Gantdieners für das Abhalten der Ganttage 666 fl. 45 kr. betrugen.

[153] Einf.Ges. zur Proz.Ord. Art. 8. Vgl. über den früheren Ewiggeldprozeß Roth, B. C.R. 1. Aufl. § 179.

[154] Vgl. hierüber Ortenau-Henle, Comm. z. Subh.Ordn. zu Art. 164 Nt. 1.

[155] § 757 R.C.P.O. mit Art. 164 Subh.Ordn.

[156] Art 164—168 Subh.Ordn. Die Art. 165 und 166 Subh.Ordn. haben jedoch infolge Art. 38 Abs. 1 Nov. z. Subh.Ordn. keine Bedeutung mehr und sind durch Art. 45 Abs. 2 Nov. z. Subh.Ordn. auch ausdrücklich aufgehoben.

[157] § 706 mit § 702 R.C.P.O.; Art. 139 A.G. z. R.C.P.O. Die Ewiggeldbriefe brauchen nicht den Formen des § 702 Ziff. 5 R.C.P.O. zu entsprechen; natürlich müssen sie aber an sich formell errichtet sein.

[158] Art. 167 Subh.Ordn.

aller gefreiten und ungefreiten Gilten sowie der Kosten die Aufhebung der Zwangsvollstreckung herbeizuführen [159].

D. Der Auszug (Altentheil, Leibzucht) [160].

Der Auszug ist der bei Ueberlassung eines landwirthschaftlichen Gutes an den Uebernehmer von dem Uebergebenden gemachte Vorbehalt lebenslänglicher Alimentation [161]. In der Regel wird derselbe bei Uebergabe an Descendenten bedungen, es ist dieß jedoch nicht wesentlich [162]. Seinem Inhalte nach kann er aus einer Reihe verschiedener Prästationen bestehen, die theils die Natur von Personalservituten (Wohnung, Landanweisung zum eignen Bebauen) haben, theils in Leistungen (Naturalien) bestehen, wobei jedoch die Gesammtheit der Prästationen als Einheit behandelt wird [163]. Diese sind als Alimente im voraus zu leisten [164]. Ueber die rechtliche Natur des Auszugs sind die Meinungen getheilt. Ueberwiegend wird er zu den Reallasten gerechnet [165]; nur vereinzelt findet sich die Auf-

[159] § 67 Hyp.Ges. mit Art. 123 Ziff. 2 A.G. z. R.C.P.O. Der Hypothekgläubiger hat aber Rückanspruch gegen den Schuldner.

[160] Vgl. Runde, die Leibzucht 1805; Hänsel, Leibzucht 1834; Mittermair, P.R. § 291; Beseler, P.R. § 188; Gengler, P.R. § 109 (mit weiteren Literaturangaben). Preußen, Förster Eccius § 188, IV; Dernburg, Pr. P.R. I. § 310; Roth, D. P.R. § 288 Ziff. III. — Vgl. dazu Art. 96 E.G. z. B.G.B., wonach unberührt bleiben landesgesetzliche Vorschriften über einen mit der Ueberlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Leibgedings-, Leibzinses-, Altentheils- oder Auszugsvertrag, soweit sie das sich aus dem Vertrag ergebende Schuldverhältniß für den Fall regeln, daß nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden.

[161] Die Lebenslänglichkeit liegt im Wesen des Instituts; Beschränkung auf kürzere Zeit muß besonders bedungen sein Förster Eccius § 188, 90.

[162] Förster Eccius § 188, 85. Nach Präjudiz Darmstadt Sf. XVII. 269 hat auch das den Geschwistern vorbehaltene Wohnungsrecht die Natur einer Reallast.

[163] Gengler, P.R. § 109, 5. Der Pflichtige hat deßhalb die Reparatur der Auszugswohnung zu besorgen Erk. Dresden 1848 Sf. II. 80; Förster Eccius § 188, 92 und ist zu einseitigen Aenderungen der stipulirten Leistungen, namentlich einseitiger Umgestaltung der Wohnung nicht befugt Erk. Darmstadt 24|6 1873 Sf. XXIX. 48.

[164] Förster Eccius § 188, 98; Erk. Rostock 16|12 1871 Budde VIII. 53.

[165] Dieß ist die Ansicht von Runde, Leibzucht II. § 39; Friedlieb, R.L. 284; Eichhorn, P.R. § 165 i; Maurenbrecher, P.R. § 732; Unger, Ö. P.R.

fassung als Obligation, was zur Folge hat, daß die Dinglichkeit nur durch Bestellung einer Hypothek erreicht wird[166]. Das ältere Recht, welches die Bestellung des Auszugs mit erschwerenden Formen umgab[167], ist nur vereinzelt erhalten[168]. Wo der Altentheil als Reallast aufgefaßt wird[169], ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Der Pflichtige ist die Leistungen nur auf dem belasteten Gute selbst abzutragen schuldig[170]. Zu einer Umwandlung in eine Geldentschädigung kann der Pflichtige durch Richterspruch nur dann angehalten werden, wenn er durch sein Benehmen dem Berechtigten die Annahme der Naturalpräстationen an Ort und Stelle unmöglich macht[171]. Sind die Leistungen für mehrere Personen vereinigt stipulirt, so werden sie bei Hinwegfallen eines Berechtigten reducirt[172]. Die von dem Berechtigten ertheilte Bewilligung zur lastenfreien Veräußerung von Bestandtheilen des

§ 63, 51 und in der Praxis anerkannt, besonders in dem Rechtsgebiete des Preußischen Landrechts Förster Eccius § 188, 87.

166 Dieß nehmen an Duncker, R.L. § 44; Gengler, P.R. § 109, 6. Dieß ist die Auffassung des Bayrischen Rechts. Erk. 8|8 43 Bl. IX. 189; 27|6 46 Bl. XII. 14; 12|3 59 Bl. XXV. 397; 27|6 64 Bl. XXIX. 336; 5|2 69 Bl. XXXVI. 248; 5/6 69 Z. A.B. X. 47. Vgl. Arnold, zur Lehre vom Ausgeding Bl. XII. 12, und: Ueber Eintragung des Altentheils in das Hypothekenbuch Bl. XVIII. 193; vgl. auch Bl. XXXII. 49. Es gründet sich dieß darauf, daß nach G.O. XX. 20 der Altentheil, insoweit der Berechtigte sich nicht das Eigenthum vorbehalten hatte, nur durch ein stillschweigendes Pfandrecht geschützt war, und daß der Berechtigte jetzt nach H.G. § 137 Hypothek bestellen lassen muß. Die in Erk. 5/2 69 Bl. XXXVI. 248 gewählte Auffassung des Altentheils als Personalservitut scheint mir nicht begründet, vgl. oben § 152, 12. Dem Berechtigten steht die Befugniß zu, durch Hypothekbestellung das Recht gegen Dritte zu sichern.

167 Früher war allgemein Bestätigung durch die Gutsherrschaft vorgeschrieben, was mit Beseitigung der gutsherrlichen Gewalt hinweggefallen ist. Die in Pr. L.R. I. 11. 603. 604 angeordnete gerichtliche Regulirung ist durch Ges. 11|7 1845 § 1 beseitigt.

168 So in Bremen, Post, P.R. III. § 83, 2.

169 S. oben Note 165.

170 Förster Eccius § 188, 103. 106; Lang, S.R. § 136, 42. Sammlg. II. 160 dagegen spricht aus, daß nach Bayrischem Landrecht in Ermanglung entgegenstehender Festsetzung der Verpflichtete die Reichnisse dem Berechtigten zu bringen habe.

171 Förster Eccius § 188, 106

172 Es kommt dieß namentlich in Betracht, wenn der Altentheil für ein Ehepaar bestellt ist. Für Reduktion bei dem Tode des einen Ehegatten spricht sich die Preußische Praxis aus Förster Eccius § 188, 99.

verpflichteten Gutes begründet nicht an sich einen Anspruch auf verhältnißmäßige Reduktion der Leistungen [173].

E. Dienste [174].

Die Dienste (Frohnden, Scharwerk) finden sich in den Deutschen Landesrechten theils als Gegenleistungen, theils als Reallasten. Nach dem Umfange der Leistung unterschied man gemessene und ungemessene Dienste, nach ihrem Inhalte Handdienste und Spanndienste [175]. Die Leistung der Dienste setzte vorhergehende Aufforderung (Ansage) von seiten des Berechtigten voraus [176]. Soweit sie mit der gutsherrlichen Gewalt in Verbindung standen, sind die Dienste nunmehr aufgehoben [177] und die Neuconstituirung untersagt [178]. Als besondere Art der Dienste findet sich die Baulast für bestimmte Bauwerke [179] und in besonderer An-

---

[173] Erk. Darmstadt 1861 Sf. XXVI. 48; Berlin 8|11 1867 Sf. XXI. 139.

[174] Vgl. über diese Duncker, R.L. § 52; Friedlieb, R.L. 279; Eichhorn, P.R. § 249; Mittermair, P.R. § 189; Maurenbrecher, P.R. § 340; Gerber, P.R. § 186; Beseler, P.R. § 192, 26 folg.; Stobbe, P.R. § 136. I.; Stobbe-Lehmann § 195, 1; Gengler, P.R. § 85; Koch, P.R. § 360—362; Roth, D. P.R. § 228, IV. Unter den Bayrischen Statuten erwähnten sie nur Bayr. L.R. II. 11 vgl. Seuffert, Baurecht 101, und Pr. L.R. II. 7. 308 f. vgl Koch, P.R. § 360—362. Ueber Würzburg vgl. Weber III. 362 und über Fulda Thomas, Fuldaisches Recht § 194 f. und Weber III. 1092 f. Sie fanden sich theils als selbstständige Reallasten, theils als Gegenleistungen Friedlieb, R.L. 297.

[175] Stobbe, P.R. § 136, 11 folg.; Stobbe-Lehmann § 195, 11 ff.

[176] Stobbe. P.R. § 136, 20.; Stobbe-Lehmann § 195, 20.

[177] Durch Grundentlastungsgesetz 4/6 48 Art. 2. sind alle Naturalfrohndienste, soweit sie privatrechtlicher Natur sind, von 1. Januar 1849 an unentgeltlich aufgehoben mit Ausnahme der Holzfrohnen Art 18; über diese s. nun Art. 32 Abs. 5 des Forstgesetzes vom 28/3 1852—17|6 1896. Erk. 3|8 67 Bl. XXXI. 280 will dieß auf die auf dem gutsherrlichen Verband, beruhenden Dienste beschränken und nimmt daher den Fortbestand der auf einem Grundstücke ruhenden Verpflichtung zu Wasenmeisterdiensten an, wie dieß ebenso Erk. 16.|11. 66 Bl. XXXII. 106 für die einem Grundstück obliegende Verpflichtung zur Faselviehhaltung ausgesprochen ist. Allein mir scheint dieß mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht vereinbar zu sein. Auch Pözl Vf.R. § 66, 2b nimmt an, daß durch die Bestimmung des Grundentlastungsgesetzes alle auf einem Privatrechtstitel beruhenden Frohnen aufgehoben seien. In der unentgeltlichen Aufhebung liegt an sich das Verbot der Neuconstituirung solcher Dienste.

[178] Vgl. die vorhergehende Note.

[179] Erwähnt wird die Verpflichtung zur Unterhaltung einer Brücke Erk. Stuttgart Sf. I. 184; München 29|12 1875 Sf. XXXI. 202.

wendung auf Kirchenbauten [180] und Deichbauten [181]. Als Verpflichtung zu Diensten ist auch die zur Haltung von Faselvieh aufzufassen [182].

F. Zehnten [183].

Der Zehnt, eine Abgabe von den Erträgnissen der Landwirthschaft, die in einem quoten Theile der auf dem Gute erzeugten zehntpflichtigen Produkte besteht [184], war ursprünglich

---

[180] In der Regel ist die Kirchenbaulast eine dem öffentlichen Recht angehörende Verpflichtung, beruhend auf dem Gemeindeverband oder dem Patronatrechte. Sie kann aber auch als privatrechtliche Reallast bestehen, so in Bayern nach Ges. 28/5 1852 § 1; vgl. unten lit. H.

[181] Vgl. Duncker, R.L. § 42; Maurenbrecher, P.R. § 342, 1.

[182] Vgl. Gerland, Untersuchung über die Verpflichtung zur Stellung des Zuchtviehs nach gemeinem und Hessischem Recht A. f. Pr. R.W. IX. 3 folg.; Erk. Dresden 9/5 1863 Sf. XVIII. 15; München 16/11 1866 Sf. XXII. 111; Sammlung III. 129; Kiel 1879 Anzeigen 1879, 9. Die Verpflichtung war ursprünglich Gegenleistung für das Zehntrecht Jakobson in Weiske, R.L. XV. 503; Maurenbrecher, P.R. § 342, 2. Sie ist insofern eine servitutähnliche, als die Benützung des Sprungochsen durch den Berechtigten ein pati von seiten des Verpflichteten enthält Mittermair, P.R. § 173, 3.

[183] Beseler, P.R. § 192, 6; Stobbe, P.R. § 105; Stobbe-Lehmann § 143; Dernburg, Pr. P.R. I. § 309; Koch, Pr. P.R. § 357, 358; Seuffert, Baurecht 80, Duncker, R.L. § 53, Friedlieb, R.L. § 69, Eichhorn, P.R. § 252, Mittermair, P.R. § 181 f., Maurenbrecher, P.R. § 334 f., Hillebrand, P.R. § 170, Beseler, P.R. § 192 b, Gerber-Cosack, P.R. § 169, Koch, P.R. § 357 f., Unger, Ö. P.R. § 63, 47 und die Literatur bei Gengler, P.R. § 84. Die Bayrischen Statuten enthalten folgende Bestimmungen: Bayr. L.R. II. 10; Pr. L.R. 2. II. 857 f.; Ansbach Zehntinstruktion 1665 Arnold II. 35; Bayreuth Zehntedikt 1666 Arnold II. 195; Eichstädt Zehntordnung 1709 Arnold II. 369; Rothenburg V. 11/4 1723 Arnold II. 591; Schwarzenberg V. 25/6 1788 Arnold II. 657, Fulda Zehntordnung 7/3 1766 Weber III. 1083; F. Augsburg Zehntordnung 1693 Weber IV. 26; F. Salzburg Zehntordnung 3/12 1677 Weber V. 139. Ueber Würzburg vgl. Weber III. 363 und Schelhaß, Darstellung § 120, 7; über Vorderösterreich Weber IV. 1326. Durch Grundentlastungsgesetz 4/6 1848 Art. 4 sind der Blutzehnt und der noch nicht erhobene Neubruchzehnt, sowie der Kleinzehnt da, wo er nicht bereits seit 30 Jahren hergebracht oder durch Vertrag, Vergleich oder richterliches Erkenntniß anerkannt ist, ohne Entschädigung aufgehoben, und durch Art. 8—14 ist für alle übrigen Zehnten die Fixation vorgeschrieben vgl. Pözl, Vf.R. § 66, 9 und § 67, 8 und N. 15, worin an sich das Verbot der Neubegründung gegeben ist. Vgl. hieher Damianoff, die Zehntregulirung in Bayern 1896. Sonstige Litteratur s. bei Stobbe, P.R. § 105, 1.

[184] Mittermair, P.R. § 183, 1.

überwiegend eine kirchliche Abgabe, die im Laufe der Zeit theilweise in weltliche Hände überging. Man unterschied nach dem Gegenstande Feld- und Blutzehnt [185] und den Feldzehnt in den großen und kleinen Feldzehnt [186], nach der Cultur des belasteten Grundstücks in alten und Neubruchzehnt [187]. Der Zehnt war nur ausnahmsweise in einzelnen Rechtsgebieten nicht herkömmlich [188]. Durch Grundentlastungsgesetz 4/6 1848 Art. 4 sind der Blutzehnt und der noch nicht erhobene Neubruchzehnt sowie der Kleinzehnt da, wo er nicht bereits seit 30 Jahren hergebracht oder durch Vertrag, Vergleich oder richterliches Erkenntniß anerkannt ist, ohne Entschädigung aufgehoben und durch Art. 8—14 ist für alle übrigen Zehnten die Fixation vorgeschrieben. Für die Ablösung der fixirten Zehntabgaben gelten dieselben Grundsätze wie für die Ablösung der sonstigen Grundabgaben [188a]. Die Neuconstituirung ist untersagt. Der Zehnt unterscheidet sich von anderen Reallasten darin, daß der Berechtigte denselben auf dem pflichtigen Objekt abzunehmen hat [189]. Verpflichtet zur Leistung ist derjenige, der die Früchte bezieht [190]. Bestritten ist, ob dem Zehntherrn ein Anspruch auf Entschädigung zusteht, wenn der Zehntacker nicht bebaut ist [191],

---

[185] Beseler, P.R. § 192, 13. Der Blutzehnt ist in den meisten Rechtsgebieten, auch denjenigen, in denen der Zehnt nur ablösbar ist, aufgehoben.

[186] Beseler, P.R. § 192 15.

[187] Beseler, P.R. § 105 Nr. 3. Auch der Neubruchzehnt ist fast überall unentgeltlich aufgehoben.

[188] So z. B. in Mecklenburg Kamptz, P.R. § 90; in anderen war er schon frühzeitig in eine feste Abgabe verwandelt z. B. in dem größten Theile von Holstein Paulsen, P.R. § 70, 1.

[188a] Vgl. oben Nt. 15, 16, 18 ff.

[189] Da der Zehntherr ursprünglich verpflichtet war, während der Ernte ein Zehntrecht auszuüben, so hatte das Zehntrecht die Gestaltung eines römisch dinglichen Rechtes Savigny, System II. § 103 e; dieß ist nicht, wie Gerber, P.R. § 190, 4 und Stobbe, P.R. § 105, 8 meinen, für die Construktion des Rechtsverhältnisses ohne Bedeutung. Aus der Verpflichtung des Zehntherrn, die Auszehntung vorzunehmen, ergibt sich, daß der Singularsuccessor für Rückstände nicht haftet.

[190] Also auch der Pächter Beseler, P.R. § 105, 9.

[191] Aus der Verpflichtung zu der Zehntabgabe läßt sich eine Verpflichtung der Bestellung nicht ableiten, da der Zehnt eine Abgabe der Quote des Erträgnisses ist und z. B. bei völligem Mißwachs wegfällt Maurenbrecher, P.R. § 336, 4; Duncker, R.L. 226. Indeß räumen einzelne Rechte bei Nichtkultur dem Zehntherrn einen Anspruch auf Entschädigung ein oder gestatten ihm das

und ob bei Culturänderung die Zehntlast auf die neue Fruchtart übergeht[192].

G. Laudemium[193].

Das Laudemium ist eine Abgabe, welche der neue Erwerber eines Gutes an den Berechtigten zu bezahlen hat[194]. Sie findet sich gewöhnlich als Gegenleistung bei Gütern, die zu bäuerlichem Nutzungsrecht übertragen sind, aber sie kommt auch bei Bauerngütern im Eigenthume vor[195]. Jedenfalls ist sie in dem letzteren Falle als Reallast aufzufassen[196]; ob auch in dem ersteren Falle ist bestritten[197]. In welchen Fällen der Besitzveränderung und in welchem Betrage das Handlohn zu reichen sei, be-

---

Grundstück selbst anzubauen, so Pr. L.R. II. 11. 884; Dernburg, Pr. P.R. I. § 309, 17. Vgl. Stobbe, P.R. § 105, 15; Stobbe-Lehmann § 143, 15.

[192] Dieß verneinen mit Recht Mittermair, P.R. § 187. II.; Stobbe, P.R. § 105, 16; Stobbe-Lehmann § 125, 16; Gengler, P.R. § 84, 3; dagegen bejahen die Frage Eichhorn, P.R. § 254. IV., Beseler, P.R. § 192, 22. Nach Pr. L.R. II. 11. 885 kann der Zehntpflichtige die Culturart ändern, hat aber dem Berechtigten Entschädigung zu leisten Dernburg, Pr. P.R. I. § 309. 17.

[193] Vgl. Duncker, R.L. § 54; Gengler, Pr.R. § 105 Nr. 2; Stobbe, P.R. § 136. III.; Stobbe-Lehmann § 195, 44; Dernburg, Pr. P.R. I. § 311; Roth, D. P.R. § 288, VI. In den Bayrischen Statuten finden sich folgende gesetzliche Bestimmungen: Bayr. L.R. IV. 7. 11; Pr. L.R. I. 18. 714 f.; Ansbach Handlohnsordnung 1697 Arnold II. 40; Bayreuth Handlohnsordnung 1|12 1760 Arnold II. 231; Castell, Handlohnsordnung 1789 Arnold II. 278; Eichstädt, Handtlangsordnung 1689 Arnold II. 341; Hohenlohe, L.R. III. 8. 4. Arnold II. 460; Nürnberg Reform. XXIII. 13; Rothenburg, Handlohnsordnung 14|7 1600 Arnold II. 585; Schwarzenberg, Handlohnsordnung 1767 Arnold II. 637; Bamberg, Handlohnsregulativ 1735 Weber I. 869 und 1791 Weber I. 838. Ueber Würzburg vgl. Weber III. 348 und Schelhaß, Darstellung § 120, und über Fulda, Weber I. 1074 und Thomas § 155 ff.

[194] Dieß bildet die Regel. Vereinzelt findet sich die Abgabe auch bei Veränderung in der herrschenden Hand Stobbe, P.R. § 136, 55; Stobbe-Lehmann § 195, 57.

[195] Stobbe, P.R. § 136, 44; Stobbe-Lehmann § 185, 46; Pr. L.R. I. 18. 816.

[196] Friedlieb, R.L. 277; Duncker, R.L. 230; Beseler, P.R. § 185, 14.

[197] Für die Auffassung als Reallast erklären sich: Friedlieb 277, 5; Maurenbrecher § 344, 9; Stobbe, P.R. § 136, 56; Stobbe-Lehmann § 195, 58; Erk. Jena 16|2 1841 Sf. XV. 149; 1843 Sf. XIX. 50; ebenso neuerdings die Preußische Praxis Dernburg, Pr. P.R. I. § 311, 2. Als persönliche Verpflichtung des Uebernehmers fassen dasselbe auf Duncker, R.L. § 54; Gengler, Lehrbuch 1387; P.R. § 105, 12. Ueberwiegend war in den einzelnen Landesrechten die Auffassung als Reallast, so nach Bayr. L.R. IV. 7. 11 und Kreittmayr, Anm. 15 dazu, Bl. f. R.A. II. 314, 4.

stimmt sich nach Gesetz oder Observanz [198]. Das Handlohn ist durch Ablösungsgesetz vom 4. Juni 1848 und Grundentlastungsgesetz vom 28. April 1872 fixirt und theilweise abgelöst worden [199]. Die Neuconstituirung ist untersagt.

H. Kirchliche Baulast.

Die auf dem Zehntrechte ruhende kirchliche Baupflicht kann, wenn der Zehnt abgelöst wird, als Reallast auf Grundbesitz radicirt werden [200]. Die Baupflicht richtet sich ihrem Inhalte nach nach den bisher dafür geltenden gesetzlichen Bestimmungen [201]. Die Baupflicht wird mit Angabe ihres Capitalwerthes in das Hypothekenbuch eingetragen [202] und kann nach vorgängiger halbjähriger Aufkündigung durch Erlag des Capitalwerthes abgelöst werden [203].

Nicht zu den Reallasten sind zu rechnen das Witthum [204], die Apanage [205] und die Erbgelder [206]. Es spricht dafür keine ge-

---

[198] Darüber bestimmen namentlich die Handlohnsordnungen, über welche zu vergleichen Gengler, Lehrbuch 1385; P.R. § 105, 17 ff.; oben Nt. 193.

[199] Ges. 4|6 1848 Art. 15. Vgl. oben Nt. 18 ff.

[200] Gesetz 28|5 52 Art. 1. Der Baupflichtige kann außerdem nach seiner Wahl die Baupflicht ganz ablösen oder durch Deponirung von inländischen Staatspapieren sicher stellen oder sie in einen ständigen jährlichen Baucanon verwandeln.

[201] Vgl. darüber Permaneder, die kirchliche Baulast oder die Verbindlichkeit der baulichen Erhaltung und Wiederherstellung der Cultusgebäude 5. Auflage München 1896.

[202] Ges. 28|5 52 Art. 8. 1.

[203] Ges. 28|5 52 Art. 10.

[204] Für die Zuläßigkeit der Begründung als Reallast erklären sich Friedlieb, R.L. § 74, 1; Gerber-Cosack, P.R. § 217, 6; Beseler, P.R. § 191. III; Unger, Ö. P.R. § 63, 50; s. dagegen Duncker, R.L. § 46, 332a; Mittermair, P.R. § 17, 3, 7. Das Bayrische Recht gewährt für das Witthum einen gesetzlichen Hypothektitel unten § 205, so daß also hier die Begründung einer Reallast nicht erforderlich ist.

[205] Die Zuläßigkeit der Constituirung als Reallast nehmen an Beseler, P.R. § 191. III.; Gerber-Cosack, P.R. § 217, 6, s. dagegen Duncker, R.L. § 45. Nach Bayrischem Rechte kommt die Frage nicht in Betracht, da bei Fideicommissen für Apanagen ein besonderer Fond bestellt werden muß F.E. § 12 und bei bäuerlichen Erbgütern die Alimente einen gesetzlichen Hypothektitel haben unten § 205. Zu den Reallasten rechnen diesen: Runde, Leibzucht II. § 39; Friedlieb, R.L. 284; Heimbach, R.L. 109; Eichhorn, P.R. § 163i; Maurenbrecher, P.R. § 732; Walter, P.R. § 529, 7; Unger, Ö. P.R. § 63, 51; Förster-Eccius, Pr. P.R. § 188, 80; ebenso Erk. Darmstadt Sf. II. 327 und

setzliche Bestimmung, und sie können daher als Reallasten nur da bestellt werden, wo die freie Radicirung erhalten ist.

Caput 3.

Das Platzrecht (Erbbaurecht) [1].

§ 190.

Das Platzrecht (superficies) ist das Rechtsverhältniß, bei welchem ein auf fremdem Grund und Boden befindliches Gebäude [2]

XVII. 269; Cassel 10|9 36 Pfeiffer, Prakt. Ausführungen VIII. 359; dagegen erklärt sich Duncker, R.L. § 44; Erk. 8|8 43 Bl. IX. 191; 27/6 46 Bl. XII. 14; 12|3 59 Bl. XXV. 397; 27|6 64 Bl. XXIX. 336; 5|2 69 Bl. XXXVI. 248; 5|6 69 Z. A.B. X. 47. Vgl. Arnold, zur Lehre vom Ausgeding Bl. XII. 12 und: Ueber Eintragung des Altentheils in das Hypothekenbuch Bl. XVIII. 193; vgl. auch Bl. XXXII. 49. Es gründet sich dieß darauf, daß nach G.O. XX. 20 der Altentheil, insoweit der Berechtigte sich nicht das Eigenthum vorbehalten hatte, nur durch ein stillschweigendes Pfandrecht geschützt war und daß der Berechtigte jetzt nach H.G. § 137 Hypothek bestellen lassen muß. Die in Erk. 5|2 69 Bl. XXXVI. 248 gewählte Auffassung des Altentheils als Personalservitut scheint mir nicht begründet, vgl. oben § 168, 24.

[206] Für die Eigenschaft als Reallast erklärt sich Friedlieb, R.L. § 75, f. dagegen Duncker, R.L. § 56. Erk. Celle 17/5 1872 Sf. XXVII. 44 erkennt der Abfindung die Eigenschaft als Reallast nur zu, wenn sie nicht in einmaliger Auszahlung einer Abfindungssumme besteht. Gegen die Auffassung als Reallast erklärt sich auch Erk. Celle 13|9 1876 Sf. XXXIV. 139.

[1] Wächter, das Superficiar- oder Platzrecht 1868 und Pandekten § 165; Degenkolb, das Platzrecht 1868; Heimbach, die Superficies R.L. X. 695; Schmid, Handbuch § 25—28; Windscheid § 223; Dernburg §§ 258, 259; Sintenis, C.R. § 56; Förster Eccius § 187, 191 f.; Dernburg, Pr. P.R. I. § 289; Falk, S. H.P.R. V. § 123; Bender, P.R. § 79; Roth, D. P.R. § 289; Reyscher, W.P.R. § 398; Schmid, Vorlesungen § 95; Stobbe-Lehmann § 136. — B.G.B. §§ 1012—1017; R.T.B. §§ 996—1001; II. E. §§ 924 bis 928; I. E. §§ 961—965; M. I. Bd. III. S. 466—474.

[2] Gemeinrechtlich wird vorausgesetzt, daß das Gebäude im Boden befestigt ist. Bauwerke, die nicht in dem Boden befestigt sind, treten nicht in das Verhältniß der Superficies ein l. 60 D. 41. 1; Wächter, Platzrecht 50. Damit stimmt auch das Preußische Recht überein Pr. L.R. I. 22. 244: „Das Fundament der Gebäude — kann er sich mit Ausschließung des Grundeigenthümers vollständig zu Nutzen machen" —. Ueber die abweichende Auffassung, die Kreittmayr in Anm. 1b zu Bayr. L.R. I. 7. 34 aufstellt, vgl. unten Note 6. Gemeinrechtlich kann die Superficies auch an einem einzelnen Stockwerke begründet sein l. 3 § 7 D. 43. 17; Wächter, Platzrecht 50; Erk. Kiel 6|9 1851 Sf. VI. 152, was vielfältig Veranlassung zur Verwechslung

oder andere mit dem Boden zusammenhängende Anlagen [3], **nach B.G.B. auf oder unter der Oberfläche befindliche Bauwerke** [4], den Gegenstand selbständiger veräußerlicher und vererblicher [5] Berechtigung bilden. Das Platzrecht ist sowohl in dem Rechtsgebiete des gemeinen Rechtes [6], als in denen unserer neueren Landesrechte [7],

---

mit dem Herbergsrechte gab, vgl. oben § 138, 12. Das Preußische Recht kennt ein Platzrecht nur an ganzen Gebäuden, ebenso das B.G.B. § 1014: „Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Theil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk ist unzulässig". Doch bleibt das bei Beginn des 1. Jan. 1900 bereits bestehende Stockwerkseigenthum nach Maßgabe der bisherigen Gesetze bestehen: Art. 182 E.G. z. B.G.B. S. dazu auch noch Art. 131 E.G. z. B.G.B. und hierüber oben § 183, 19 ff.

[3] Auf Bauwerke wollen das Verhältniß beschränken Schmid, Handbuch § 25, 11; Heimbach, R.L. X. 697. 11. Gemeinrechtlich ist dieß nicht begründet, vielmehr ist das Superficiarrecht auch auf Bäume und andere Pflanzungen anwendbar Wächter, Platzrecht 53; Windscheid § 223, 20. Damit stimmen auch unsere neueren Statuten überein Pr. L.R. I. 22. 243.

[4] § 1012 B.G.B.: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben". Als unter der Oberfläche befindliche Bauwerke bezeichnet v. Jakubezky, Bem. S. 253 besonders die in Franken häufig vorkommenden, zur Lagerung von Bier dienenden Felsenkeller. Pflanzensuperficies gibt es nicht; M. I. Bd. III. S. 470.

[5] Sie kann vertragsmäßig nicht ausgeschlossen werden, wenn ein Erbbaurecht begründet werden will: M. I. Bd. III. S. 471.

[6] Die Geltung und praktische Anwendung der gemeinrechtlichen Grundsätze in dem Rechtsgebiete des gemeinen Rechtes unterliegt keinem Zweifel Wächter, Platzrecht § 3; Roth, D. P.R. § 289, 13. Diese Grundsätze des gemeinen Rechts müssen auch in dem Rechtsgebiete des Bayrischen Landrechts Anwendung finden. Zwar erwähnt Bayr. L.R. IV. 7. 34 das jus superficiarium, stellt dasselbe jedoch dem Grundzinsrechte gleich, das nach Bayr. L.R. IV. 7. 33 nur eine Reallast ist, also Eigenthum des Superficiars voraussetzt. Im Widerspruche damit hat zwar Kreittmayr in Anm. 1. b zu L.R. IV. 7. 34 dem Superficiar ein dominium utile zugeschrieben, aber abgesehen davon, daß die Anmerkungen, da sie nicht Gesetzkraft haben, bei Widerspruch mit dem Gesetzestexte nicht entscheiden, sind die Ausführungen Kreittmayrs für die Interpretation des Instituts nicht verwendbar, da sie auf der Annahme fußen, das Platzrecht beschränke sich darauf, etwas auf die Oberfläche zu setzen, also nicht ein Haus mit einem Fundamente zu bauen, was der gemeinrechtlichen Gestaltung nicht entspricht Wächter, Platzrecht § 7. I. Da nun das Gesetz selbst

wie im **B.G.B.** anerkannt. Für das Platzrecht gelten folgende Grundsätze:

I. Ueber die rechtliche Natur des Platzrechts sind die Meinungen getheilt. Allgemein nahm man früher an, das Platzrecht begründe ein Nutzeigenthum des Berechtigten und es liege hier getheiltes Eigenthum wie bei der Emphyteuse vor[8]. Neuerdings machen sich gemeinrechtlich zwei Meinungen geltend, die beide darin übereinstimmen, daß sie annehmen, die Anlage werde Eigenthum des Grundeigenthümers, sich jedoch darin unterscheiden, daß nach der einen Ansicht das dingliche Recht sich auch auf den Grund und Boden erstreckt[9], während nach der anderen Ansicht das dingliche Recht sich auf die Anlage beschränkt, dagegen den Grund und Boden nicht umfaßt[9a]. Dagegen nimmt das Preußische[10] Recht einen

---

nicht eine Bestimmung für das gemeinrechtliche Institut der Superficies trifft, sondern ein anderes Institut zum Gegenstande hat, bei welchem der Superficiar Eigenthümer und nur zu einem Grundzins verpflichtet ist, so ist für dieses Institut bei dem Mangel gesetzlicher Regelung auch im Gebiete des Bayrischen Landrechts das gemeine Recht maßgebend. Die in meinem Bayr. C.R. 1. Aufl. § 238 gebrachten gegentheiligen Ausführungen kann ich nicht mehr für maßgebend erachten.

[7] Pr. L.R. I. 22. 243—246.

[8] Wächter, Platzrecht 30, 1. Diese Construktion war früher die alleinherrschende und war auch in dem Rechtsgebiete des Preußischen Landrechts von Vielen getheilt, weßhalb vielfach angenommen wurde, daß in diesem das Superficiarrecht durch das Ablösungsgesetz beseitigt sei vgl. unten Note 10; indeß ist diese Auffassung noch in manchen Gesetzen erhalten, so nach Bayrischem Landrechte Kreittmayr, Anm. 1b zu L.R. IV. 7. 34.

[9] Windscheid § 223, 3; Arndts § 200; Brinz, Pandekten § 202, 6.

[9a] Seuffert, Pandekten § 190, 2; Schmied, Handbuch § 25, 3. Dieser Meinung scheint auch Wächter, Platzrecht 31 und Pandekten § 165, 4 sich anzuschließen. Schon Savigny, Besitz § 9 Nr. 4 erklärte das Recht der superficies als den Servituten ganz ähnlich.

[10] Das Pr. L.R. I. 22. 243 hat die Bestimmungen über Superficies unter der Rubrik: „andere Arten von Grundgerechtigkeiten" aufgeführt. Die Bestimmungen sind indessen nicht auf den Fall zu beschränken, in welchem ein praedium dominans als Superficiar erscheint, ein Fall, der nur selten vorkommt. Durch die Bezeichnung Grundgerechtigkeiten soll die Superficies nicht als Prädialservitut charakterisirt werden, sie ist vielmehr eine besondere Classe der subjektivdinglichen Rechte Koch, Commentar Note 14 Abs. 3 und L.R. I. 22. 243; Dernburg, Pr. P.R. I. § 289, 4. Die frühere Preußische Praxis stellte die Superficies unter den Gesichtspunkt des getheilten Eigenthums und nahm daher an, daß das Institut durch Ablösungsgesetz 2/3 1850 § 2 Nr. 2

principiell davon verschiedenen Standpunkt ein, indem sie dem Superficiar Eigenthum an der Anlage auf dem fremden Grund und Boden zuschreiben[11]. **Das Erbbaurecht des B.G.B. ist ein dingliches Benutzungsrecht an Grundstücken[12]; das in Ausübung dieses Nutzungsrechtes von dem Berechtigten errichtete Bauwerk wird nicht einmal Bestandtheil des Grundstücks und erstreckt sich daher auch das Eigenthum an diesem nicht ohne Weiteres auf ein solches Bauwerk[13]. Das Erbbaurecht selbst wie sein Gegenstand hat Grundstücksqualität[14].**

II. Das Platzrecht entsteht durch Verfügung des Eigenthümers des Grundes. Vertragsmäßige Begründung hat die nach den ein=

---

betroffen werde und die Superficies in Preußen in Eigenthum verwandelt sei Erk. O.T. 3/12 1855 Entsch. XXXII. 258. Neuerdings ist indessen anerkannt, daß die Superficies nach dem Landrechte die Eigenschaft einer Grundgerechtigkeit hat und die Bestimmung des Ablösungsgesetzes § 2 Nr. 2 darauf keine Anwendung leidet Erk. O.T. 7/11 1872 Entsch. 68. 121; 20/3 1874 Striethorst 91—180 Förster Eccius § 187, 193. Nach dieser Auffassung bestehen die superficiarischen Verhältnisse des Preußischen Landrechts unverändert fort und es ist dieß auch in den Motiven zum Grunderwerbsgesetz Werner II. 31 angenommen. A. M. Dernburg, Pr. P.R. I. 289, 6, der durch Ablösungsgesetz 2/3 1830 § 91 die Superficies, welche dem Bodeneigenthümer die Verfügung über die Raumsphäre seines Grundstücks total entzieht, für aufgehoben hält und die Neubegründung nur für Theilsuperficies, für nicht vererbliche Superficies und für Superficies an öffentlichen Sachen für zuläßig hält. Allein es ist keine Veranlassung zu dieser Unterscheidung gegeben, da das Ablösungsgesetz § 91 sich nur auf erbliche Uebertragung von Eigenthum bezieht, das Preußische Landrecht aber das Eigenthum des Bodens bei der Superficies ausdrückich von dem Eigenthum an dem Gebäude unterscheidet Pr. L.R. I. 22. 243.

[11] Pr. L.R. I. 22. 243. Es ist dieß darauf zurückzuführen, daß in diesen Rechten der Grundsatz: superficies solo cedit nicht anerkannt ist Dernburg, Pr. P.R. I. § 215, 4.

[12] § 1012 B.G.B. spricht von einer Belastung des Grundstücks mit dem Erbbaurechte. M. I. Bd. III. S. 467 Ziff. 2.

[13] § 95 I B.G.B.

[14] § 1017 I B.G.B. „Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften.“ M. I. Bd. III. S. 467. Es kann ein eigenes Grundbuchblatt erhalten und soll es von Amtswegen erhalten, wenn es veräußert oder belastet wird: § 7 R.Gr.B.O. Ist ein eigenes Blatt angelegt, dann ist dieses das Grundbuch im Sinne des B.G.B. für das Erbbaurecht: § 3, 7 II R.Gr.B.O. — Die §§ 927 und 928 B.G.B. sind für das Erbbaurecht nicht anwendbar. Fischer=Henle § 1017 Nt. 1 (?), M. I. Bd. III. S. 474.

zelnen Statuten für die Entstehung dinglicher Rechte geltenden Voraussetzungen[15] und erfordert nach Bayrischem Rechte notarielle Beurkundung[16]. Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob ein Platzrecht durch Ersitzung begründet werden könne[17]. **Nach B.G.B. erfordert vertragsmäßige Begründung des Erbbaurechts Einigung des Eigenthümers und Erwerbers, für welche die gleichen Vorschriften wie für die Auflassung von Grundeigenthum gelten[18], und Eintragung in das Grundbuch[19]. Letztwillige Verfügung begründet nur einen obligatorischen Anspruch auf Begründung des Erbbaurechts durch Eintragung in das Grundbuch[20]. Auch kann ein eingetragenes, aber vom Nichteigenthümer bestelltes Erbbaurecht in gleicher Weise wie Grundeigenthum im Wege dreißigjähriger Tabularersitzung gegen den Eigenthümer erworben werden[21].**

III. Das Platzrecht kann in der Einräumung des Rechtes an einer schon vorhandenen Anlage oder in der Einräumung der Befugniß zur Herstellung einer Anlage (**Bauwerk**) bestehen[22]. **Nach B.G.B. kann es, ohne daß es der Bestellung einer besonderen Dienstbarkeit bedarf, auch auf die Benutzung eines für das Bauwerk nicht erforderlichen Theiles des Grundstücks erstreckt werden, wenn sie für die Benutzung des**

---

[15] Wächter, Platzrecht 58 f.; Windscheid § 223, 12. Der Vertrag kann mit einem anderen verbunden werden, z. B. einem Miethvertrage Windscheid § 223, 12; Wächter, Platzrecht § 9; Erk. Rostock 2/3 1867 Sf. XXVIII. 202; Jena 1876 Sf. XXXI. 209.

[16] Art. 14 Not.Ges.

[17] Gemeinrechtlich wird von Manchen die Zuläßigkeit der Ersitzung beanstandet s. die bei Schmid, Handbuch § 26, 17 Citirten. Für die Zuläßigkeit erklären sich Wächter, Platzrecht 103, 1; Windscheid § 223, 14; Erk. München 9|3 1849 Bl. XIV. 298; R.G. 5|7 1882 Sammlung VII. 45.

[18] § 1017 II B.G.B.; vgl. oben § 162a.

[19] § 1015, 1017 B.G.B. Und zwar auf dem Blatte des belasteten Grundstücks; nicht aber ist zur Entstehung Eintragung auf dem eigenen Blatte des Erbbaurechts erforderlich; anders § 962 II I. E., dagegen s. schon Jakubezky S. 253; vgl. auch § 7 R.Gr.B.O. und Mot. hiezu S. 29, 30.

[20] § 2174 B.G.B.; vgl. oben § 169, 34.

[21] § 1017, 900 B.G.B. Vgl. oben § 157a. I. Für den Rang des ersessenen Erbaurechts ist die Eintragung maßgebend.

[22] Wächter, Platzrecht 43; Erk. Rostock 2/3 1867 Budde VII. 109. Gegen die Ansicht von Degenkolb, daß eine Superficies nur an bereits stehenden Gebäuden bestellt werden könne s. Wächter, Platzrecht 76.

Bauwerks Vortheil bietet[23]. Gemeinrechtlich **wie nach B.G.B.** kann der Berechtigte über den Gegenstand des Platzrechts wie ein Eigenthümer verfügen[24]. Hiernach hat er das vollständige Nutzungsrecht des Gegenstandes[25], von dem er jeden bestimmungsgemäßen Gebrauch zu machen berechtigt ist[26]. Er hat ferner das Recht, über die Substanz des Gegenstandes zu verfügen und darf diesen nicht nur umgestalten, sondern auch ganz beseitigen[27]. Ebenso kann er den Gegenstand des Platzrechts veräußern[28] und mit dinglichen Lasten belegen, daher Servituten darauf legen[29] und eine Hypothek oder Grundschuld daran bestellen[30]. Auch das Platzrecht selbst kann Gegenstand einer Hypothek- oder Grundschuld sein[31].

---

[23] § 1013 B.G.B.

[24] Wächter, Platzrecht 32; Erk. Kiel 6/9 1851 Sf. VI. 152 ist ausgesprochen, daß der Superficiar zu Aenderungen und Umgestaltungen befugt und nicht wie der Inhaber einer Servitut auf Handlungen beschränkt sei, welche die Erhaltung der Sache bezwecken.

[25] Schmid, Handbuch § 27, 1.

[26] Namentlich hat er das Recht der Vermiethung l. 1 pr. § 6 D. 43. 18; Schmid, Handbuch § 27, 2.

[27] Wächter, Platzrecht 40; Windscheid § 223, 4. Auch nach B.G.B. besteht keine Conservirungspflicht, wie etwa beim Nießbrauch: M. I. Bd. III. S. 469. Nach l. 2 Cod. 3. 32 fällt bei Abbruch das Material in das Eigenthum des Superficiars zurück, dem es daher auch zusprechen: Schmid, Handbuch § 27, 31; Wächter, Platzrecht 43. Andere dagegen belassen es dem Eigenthümer des Bodens, Puchta, Vorlesungen § 147. Nach Preußischem Rechte bleibt das Material dem Superficiar, nach B.G.B. dem Eigenthümer des Bauwerks: § 93, 94^II, 95 B.G.B.; würde es nach diesen Vorschriften dem Grundstückseigenthümer gehören, so erstreckt sich doch darauf das superficiarische Recht: M. I. Bd. III. S. 473.

[28] l. 1 § 7 D. 43. 18; Wächter, Platzrecht 35; 1012 B.G.B.

[29] l. 1 § 9 D. 43. 18; Wächter, Platzrecht 39 und 106. B.G.B. §§ 1017^I, §§ 1018, 1030, 1090.

[30] §§ 1017^I, 1113, 1191, 1199 B.G.B. Dieß setzt Eintragung in das Hypothekenbuch oder Grundbuch voraus, vgl. oben Note 19.

[31] Dieß ist nach Bayrischem Rechte in Anwendung von H.G. § 3 anzunehmen, da sowohl im Gebiete des gemeinen Rechts mit Einschluß des Rechtsgebiets des Bayrischen Landrechts, als im Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts das Platzrecht als selbständiges dingliches Recht aufzufassen ist. Der von mir Bayr. C.R. 1. Aufl. § 238, 26 dagegen eingelegte Widerspruch erledigt sich durch das oben Note 6 Gesagte und ich stimme der Annahme von Regelsberger, H.R. § 46. II. 1 bei, daß in Bayern das Platzrecht den Gegenstand selbständiger Hypothekbestellung bilden kann. Vgl. auch Becher § 120

Das Platzrecht ist vererblich und fällt in die gewöhnliche testamentarische und Intestaterbfolge [32]. Mit dem Platzrechte kann eine bestimmte jährliche Abgabe (Solarium) verbunden sein, was indessen für das Verhältniß nicht wesentlich ist [33]. Der Berechtigte hat außerdem alle Lasten der Sache zu tragen und die Unterhaltungskosten allein zu bestreiten [34]. Nach Preußischem Rechte und **B.G.B.** steht die Anlage im Eigenthume des Berechtigten [35], der daher alle Befugnisse des Eigenthümers daran auszuüben hat. **Dem Erbbauberechtigten stehen zum Schutze seines Erbbaurechts die Eigenthumsansprüche in entsprechender Anwendung zu** [36]; **auch genießt er Besitzesschutz** [37].

IV. Das Platzrecht erlischt nach bisherigem Recht durch Consolidation [38], Untergang der Sache [39] und Verjährung [40], Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins [41]. **Dagegen ist nach B.G.B. Untergang durch Consolidation** [42] **und Ver-**

Nt. 10. Erk. Frankfurt 23|9 1892 Sf. Arch. XLVIII. 172 (Erlöschen des Pfandrechts bei Verjährung des Platzrechts). §§ 1273I, 1274II B. G. B.

[32] l. 10 D. 10. 2; § 1012 B. G. B. Wächter, Platzrecht 105; Erk. Lübeck 21|1 1851 Sf. IV. 16.

[33] l. 15 D. 20. 4. Manche halten die Zahlung eines Grundzinses für wesentlich Degenkolb, Platzrecht 29 f. dagegen Wächter, Platzrecht 67; Erk. R.G. 5|7 1882 Sammlung VII. 45; für das B. G. B. vgl. M. I. Bd. III. S. 468.

[34] Wächter, Platzrecht 45.

[35] Dernburg, Pr. P.R. I. § 289, 2; nach § 951² B. G. B. jedoch nur, sofern der Berechtigte in Ausübung seines Rechtes die Verbindung vorgenommen hat.

[36] § 1017II B.G.B.

[37] §§ 854 ff. B.G.B.; vgl. oben § 134.

[38] l. 86 § 4 D. 30; Schmid, Handbuch § 28, 2.

[39] Schmid, Handbuch § 28 Nr. 4. Manche nehmen auf Grund von l. 39 § 2 D. 39. 2 an, daß schon der Untergang des Gebäudes ein Aufhören des Rechtes bewirke Degenkolb, Platzrecht 49, s. dagegen Schmid, Handbuch § 28, 5. Nach Wächter, Platzrecht 116 entscheidet die Absicht der Contrahenten, die bei der Bestellung obwaltete. Bl. XIV. 298 ist das Recht des Wiederaufbaues anerkannt. Das B. G. B. § 1016 spricht positiv aus, daß das Erbbaurecht nicht durch Untergang des Bauwerks erlischt.

[40] Windscheid § 224. A. M. Wächter, Platzrecht 109 f. Vgl. hierüber auch E. d. R.G. XXII. 197—201.

[41] M. I. Bd. III. S. 467. §§ 158II, 163 B.G.B.

[42] Vgl. oben § 128, 33.

jährung[43] **ausgeschlossen.** Gemeinrechtlich **wie nach B.G.B.** ist weder Privation zur Strafe[44], noch Heimfall bei erblosem Absterben des Berechtigten[45] gegeben.

II. Dingliche Substanzrechte.

Caput 1.

Das Pfandrecht.

§ 191.

Einleitung.

Das Pfandrecht ist die einem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung an einer Sache oder einem Rechte eingeräumte Befugniß, Befriedigung der Forderung aus dem Pfandgegenstande zu verlangen.

I. Rechtliche Natur. Bestritten ist, welche rechtliche Natur das Pfandrecht hat:

1. Schon gemeinrechtlich wird von den einen das Pfandrecht als Obligation erklärt, wobei die Sache oder der jedesmalige Eigenthümer als verpflichtetes Subjekt anzusehen sei[1]. Diese Auffassung ist neuerdings von Manchen auf die moderne Hypothek übertragen worden, indem man annimmt, daß diese abweichend von den Grund-

---

[43] Vgl. M. I. Bd. III. S. 469.

[44] Wächter, Platzrecht 89, 108; Windscheid § 223, 17. Dernburg § 259; E. d. R.G. XXII. 196. Sf. Arch. XLIV. 246. Andere halten das Privationsrecht bei zweijähriger Nichtzahlung des Bodenzinses für noch geltendes Recht Seuffert, Pandekten § 192, 6; Schmid, Handbuch § 28 Nr. 8. v. Mandry, krit. Viert.Schr. XII. 518 ff.; Brinz, Pand. I. 202, 260, 205. Nach Bayrischem Rechte ist dasselbe keinenfalls mehr anwendbar. Erk. 5|4 51 Bl. XVII. 46 ist ausgesprochen, daß die in B.U. Edikt VI. § 16 bestimmte Aufhebung der Caducität auch bei Superficiarverhältnissen Anwendung finde.

[45] Wächter, Platzrecht 123. A. M. Schmid, Handbuch § 28 Nr. 5.

[1] Büchel, Erörterungen (2) 261; Vangerow § 363, 2; Sintenis, Pf.R. § 1. 2 und C.R. § 67, 2. Die dafür angeführten Gründe sind von Wächter, W.P.R. II. § 48, 25; Lang, Arch. f. civ. Pr. XXVIII. 352 ff. und Dernburg, Pf.R. § 12 eingehend widerlegt. Schlagend ist das von Dernburg, Pf.R. § 12, 7 angeführte Argument, daß bei dieser Auffassung der Pfandgläubiger mit der Pfandklage ein Recht auf Zahlung müßte geltend machen können, was gemeinrechtlich nicht der Fall ist.

sätzen des römischen Rechtes ein Recht auf Zahlung gegen den Schuldner gewähre [2].

2. Nach der anderen Ansicht dagegen hat das Pfandrecht regelmäßig die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes im gemeinrechtlichen Sinne [3]. Unsere Statuten schließen sich der letzteren Meinung an [4].

II. Gegenstand. Das Pfandrecht kann an einer Sache oder einem Rechte bestellt sein. Das Sachenpfandrecht war gemeinrechtlich einheitlich gestaltet und nur in der Form unterschieden, je nachdem es mit dem Inhaben des Objekts verbunden war (Besitzpfand, pignus) oder nicht (Hypothek). Die neuere Rechtsentwicklung besteht darin, daß sie die beiden Formen nach der Eigenschaft der Pfandobjekte trennt, eine Hypothek nur an unbeweglichen, ein Faustpfand nur an beweglichen Sachen zuläßt und ebenso die Verpfändung der Sachen nach ihrer Eigenschaft als unbewegliche und bewegliche verschieden gestaltet, an Immobilien nur Hypothek-

---

[2] Vgl. unten § 212.

[3] Diese Auffassung war früher in der Art allein herrschend, daß die Frage überhaupt nicht weiter erörtert wurde Förster Eccius § 190, 4. Ihr schließen sich an: Dernburg, Pf.R. § 12; Windscheid § 224, 8; Seuffert § 193, 6; Arndts § 364, 4; Puchta, Pand. § 193 d, Inst. II. § 249 c; Wächter, Pandekten § 223; Scheurl, Pand. 434—439; Unger, Ö. P.R. § 61, 88; Horn, pfandrechtliche Erörterungen im österr. Centr.Bl. f. d. jur. Pr. 15. S. 369 ff. Daß diese Construktion auf das Pfandrecht an Forderungsrechten nicht Anwendung leidet, wird allgemein zugegeben, allein mit Recht wird von Windscheid § 227, 7 und Förster Eccius § 190, 14 hervorgehoben, daß für die Construktion und die Stellung im Systeme der Normalfall (Sachverpfändung) maßgebend sein müsse, der überdieß für die Hypothek allein entscheidend ist. Der Versuch, eine allgemeine Definition herzustellen, welche den Normalfall und den Ausnahmefall zugleich umfaßt, hat überdieß zu wesentlichen Bedenken Veranlassung gegeben unten Note 7. v. Brinz, Pand. 2. Aufl. §§ 206—213 nennt zwar das Pfandrecht Sachenhaftung (obligatio rei) im Gegensatze zur Personenhaftung (obligatio personarum), erachtet es aber gleichwohl als dingliches Recht. Neuerdings wendet sich gegen die reine Dinglichkeit des Pfandrechts Demelius, das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht, 1. Abth. Wien und Leipzig § 85, 6.

[4] Vgl. Pr. L.R. I. 20. 1: „Das dingliche Recht, welches jemanden auf eine fremde Sache zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt worden und vermöge dessen er seine Befriedigung selbst aus der Sache verlangen kann, wird ein Unterpfandsrecht genannt" Bayr. L.R. II. 6. 10: „andernfalls reale, und gründet sich das letztere . . . auf das Unterpfand." Ueber die dingliche Natur des Hypothekrechts nach bayrischem Hypothekengesetze vgl unten § 212.

bestellung, an Mobilien nur Faustpfandbestellung gestattet. Bestritten ist, welches Rechtsverhältniß bei der Verpfändung von nicht dinglichen Rechten vorliegt. Daß an Obligationen ein dingliches Recht nicht bestellt werden kann, wird allgemein zugestanden. Von der älteren Jurisprudenz wurde daher das Pfandrecht an Forderungen als bedingte Cession aufgefaßt. Diese Construktion ist aber jetzt verworfen und es wird das Pfandrecht an Forderungen jetzt als Bestellung eines Rechtes an ihnen definirt [5].

III. Inhalt des Pfandrechts. Die ältere Theorie ging von dem Grundsatz aus, das Pfandrecht enthalte ein dingliches Recht an der Substanz der Sache. Da diese Begriffsbestimmung auf das Forderungspfand nicht anwendbar ist, so unterschied man früher das Letztere als uneigentliches Pfandrecht [6] und behielt nur für das eigentliche Pfandrecht (das Sachenpfandrecht) den Grundsatz bei, daß es ein dingliches Recht an der Substanz der Sache sei. Neuerdings wird eine Definition versucht, welche das Sachenpfandrecht und Forderungspfandrecht einheitlich umfassen soll, dahin gehend, das Pfandrecht sei ein Recht auf den Werth des Pfandobjekts (Werthrecht) [7]. Dieser Definition ist indessen entgegenzuhalten, daß sie, um eine einheitliche Construktion für das Sachenpfandrecht und das Forderungspfandrecht zu ermöglichen, das erstere seiner Eigenthümlichkeit entkleidet [8]. Mit den Bestimmungen unserer Statuten wie des bayrischen Hypothekengesetzes über das Sachenpfandrecht [9] ist diese Construktion nicht vereinbar.

---

[5] Vgl. unten § 228.

[6] So namentlich Göschen und Keller s. Bremer, das Pfandrecht 9.

[7] Diese zuerst von Sohm subpignus 12 f. aufgestellte, dann von Bremer, Pf.R. 35 f. aufgenommene Ansicht hat nur den Zweck einer theoretischen Construktion und könnte, da sie in keiner der bestehenden Codifikationen berücksichtigt ist, hier übergangen werden, wenn sie nicht mit der sog. Lokustheorie zusammentreffen würde, welche im Hypothekenrechte zu Consequenzen führt, die den Grundsätzen unserer Hypothekenordnungen geradezu widersprechen. Vgl. unten § 219, 38. Dagegen auch Horn a. a. O. S. 370 ff.

[8] Sie fußt auf der Voraussetzung, daß auch das Sachenpfandrecht ein Recht nicht an der Sache, sondern an dem Werthe der Sache sei s. gegen diese Auffassung Dernburg, Pr. P.R. I. § 315; Förster Eccius § 190, 13.

[9] Vgl. oben Note 4.

Titel I.

Das Pfandrecht an Immobilien [1].

§ 192.

Allgemeines.

In Folge des das Deutsche Recht beherrschenden Grundsatzes, daß die Erwerbung des Eigenthums und die Bestellung dinglicher Rechte nach anderen Principien sich richte für Immobilien und Mobilien, war vor Reception des römischen Rechtes nach Deutschem Rechte die Verpfändung von Mobilien an andere Regeln gebunden als die von Immobilien. Während an Mobilien nach älterem Deutschem Rechte nur ein Faustpfand durch Tradition bestellt werden konnte [2], setzte die Verpfändung von Immobilien besondere Formen voraus, die sich der Zeit nach verschieden gestalteten. Man unterscheidet demnach die ältere und die neuere Satzung.

I. Die ältere Satzung [3]. Diese bestand in der durch Auflassung [4] vermittelten Bestellung eines Pfandrechts [5] mit Besitzeinräumung [6], wobei der Gläubiger Gebrauch und Genuß der Sache hatte [7]. Die Satzung gewährte dem Gläubiger ein dingliches Recht [8]

---

[1] Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich darauf, eine Uebersicht der historischen Entwicklung in den Rechtsgebieten des Deutschen Rechtes zu geben.

[2] Albrecht, Gewere 132, 278; Stobbe, P.R. § 154, 5; Stobbe-Lehmann § 164, 4.

[3] Vgl. über diese Albrecht, Gewere 142—146; Madai, die Satzung des älteren Deutschen Rechts Z. f. D. R. VIII. 284—325; Budde, das Verhältniß der älteren deutschen Satzung zum Eigenthum Z. f. D. R. IX. 411—439; Meibom, Pf.R. 264—402; Stobbe, P.R. § 106, I; Stobbe-Lehmann § 144; Kohler, Forschungen § 11.

[4] Meibom, Pf.R. 321—324; Stobbe, P.R. § 106, 34; Stobbe-Lehmann § 144, 46, 48.

[5] Aeltere Schriftsteller ließen die ältere Satzung mit dem Kauf auf Wiederkauf zusammenfallen, s. dagegen Stobbe, P.R. § 106, 16; Stobbe-Lehmann § 144, 20. Dieser Ansicht verwandt ist die von Meibom, der die ältere Satzung als Tauschgeschäft bezeichnet vgl. unten Note 9.

[6] Dem Gläubiger stand die Gewere zu Meibom, Pf.R. 341; Stobbe, P.R. § 106, 13; Stobbe-Lehmann § 144, 15. Daher konnte die ältere Satzung nur für einen einzigen Gläubiger bestellt werden Stobbe, P.R. § 107, 3; die Bestellung eines Nachpfandes gewährte nur das Recht auf Ablösung des Satzungsgläubigers Kohler, Forschungen 240.

[7] Albrecht, Gewere 143. 321; Meibom, Pf.R. 341; Kohler, Forschungen

und diente zur Sicherung seiner Forderung[9], war also ein accessorisches Recht. Der Schuldner konnte das Pfandobjekt einlösen, indem er das Capital zurückbezahlte. Er war dazu berechtigt, aber nicht verpflichtet[10]. Die Zeit der Einlösung konnte vertragsmäßig bestimmt sein[11]; in Ermangelung einer solchen Festsetzung konnte die Einlösung jederzeit vorgenommen werden[12]. Dem Gläubiger stand ein Distraktionsrecht nicht zu[13]. Unterließ der Schuldner die Einlösung, so dauerte das Verhältniß fort, wenn nicht vertragsmäßig Heimfall des Pfandes an den Gläubiger bestimmt war[14]. Die Einlösung erfolgte durch Zurückzahlung des

---

231. Es kann um so weniger bezweifelt werden, daß dieß die Regel war, als der Gläubiger die Sache an Dritte überlassen konnte z. B. durch Verpachtung Kohler, Forschungen 234; Stobbe, P.R. § 106, 18; Stobbe-Lehmann § 144, 24, oder Hingabe zu Leibzucht Meibom, Pf.R. 352, 288. Vertragsmäßig konnte das Nutzungsrecht beschränkt werden, so daß der Gläubiger nur einen Theil der Nutzungen zu beziehen hatte Meibom, Pf.R. 345, 264. 265; auch gänzliche Ausschließung desselben findet sich in der Art, daß die Nutzungen auf die Hauptsumme aufgerechnet wurden (Todsatzung) unten Note 17.

[8] Stobbe, P.R. § 106, 36; Stobbe-Lehmann § 144, 50.

[9] A. M. Meibom, Pf.R. 264—274, der der älteren Satzung die Eigenschaft eines Tauschgeschäfts beilegen will und daher in Abrede zieht, daß ein Forderungsrecht vorausgesetzt sei s. dagegen Stobbe, P.R. § 106, 16; Stobbe-Lehmann § 144, 22 und die dort Angeführten, Goldschmidt, H.R. (1) I. § 87, 1 und besonders Kohler, Forschungen 97—134. Die Auffassung von Meibom scheint mir dadurch vollständig widerlegt.

[10] Meibom, Pf.R. 274; Kohler, Forschungen 235, 2. Der Gläubiger hatte nicht das Recht der Kündigung, obwohl ein solches besonders stipulirt werden konnte Kohler, Forschungen 99, 1.

[11] Es konnte im Interesse des Pfandgläubigers bestimmt sein, daß das Einlösungsrecht nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt ausgeübt werden dürfe Albrecht, Gewere 143, 324; Meibom, Pfandrecht 380, 379; Kohler, Forschungen 124; Pauli, Abhandlungen IV. 146. 46, oder nur zu einem gewissen Zeitpunkt im Jahre Albrecht, Gewere 144, 325; Meibom, Pf.R. 381, 381; Kohler, Forschungen 124, oder nach Ablauf einer Kündigungsfrist Meibom, Pf.R. 380, 380; Kohler, Forschungen 125. Auch feste Fristen finden sich Kohler, Forschungen 126; Albrecht, Gewere 146, 331—333.

[12] Meibom, Pf.R. 380. Das Recht der Einlösung war in diesem Falle unverjährbar Meibom, Pf.R. 381, 382.

[13] Albrecht, Gewere 146; Meibom, Pf.R. 346. Es konnte ihm jedoch vertragsmäßig eingeräumt werden Kohler, Forschungen 16. Vgl. jedoch auch Stobbe-Lehmann § 144, 43.

[14] Die Zuläßigkeit der lex commissoria war allgemein anerkannt und

Capitals[15], wodurch das Pfandrecht sein Ende erreichte[16]. Vertragsmäßig konnte bedungen sein, daß die Schuld durch Abrechnung der Nutzungen vom Capitale getilgt werden solle (Todsatzung), in welchem Falle das Pfandrecht mit Abzahlung der Schuld von selbst erlosch[17]. Der Gläubiger konnte sein Pfandrecht auf andere übertragen, wodurch jedoch das Einlösungsrecht des Schuldners nicht berührt wurde[18]. Der Anspruch des Gläubigers hinsichtlich der Forderung beschränkte sich auf das Pfandobjekt und konnte nicht gegen das übrige Vermögen des Schuldners verfolgt werden[19]. Die ältere Satzung, welche in ihren Grundzügen mit der Antichrese des römischen Rechtes Aehnlichkeit hatte, findet sich im Mittelalter hauptsächlich auf dem Lande[20], wo sie sich auch nach Reception des römischen Rechtes noch lange erhielt.

II. Die neuere Satzung[21]. Diese entwickelte sich nicht aus der älteren Satzung, sondern selbstständig, namentlich in den Städten, wo sie allmählig die Rente verdrängte. Im Gegensatze zu der älteren Satzung verfolgte die neuere Satzung den Zweck, eine Forderung durch Zuweisung eines Exekutionsobjekts sicher zu stellen, indem dem Gläubiger an dem Pfandobjekte die Rechte ein-

---

es wurde sehr häufig Gebrauch davon gemacht Meibom, Pf.R. 346, 268; Stobbe, P.R. § 106, 30; Stobbe-Lehmann § 144, 41.

[15] Albrecht, Gewere 143, 323. Der Schuldner war dabei zum Ersatze der Meliorationen verpflichtet Kohler, Forschungen 243; Stobbe, P.R. § 106, 14; Stobbe-Lehmann § 144, 17.

[16] Meibom, Pf.R. 401; Kohler, Forschungen 97.

[17] Albrecht, Gewere 143, 222; Meibom, Pf.R. 400; Stobbe, P.R. § 106, 24; Kohler, Forschungen 130; Pauli, Abh. IV. 136. 30; Stobbe-Lehmann § 144, 32. Das Französische Recht hat die entgegenstehende Terminologie, indem es die deutsche Todsatzung vifgage, das Nutzungspfand mortgage nennt Kohler, Forschungen 135; Franken, Pfandrecht 7, 123.

[18] Stobbe, P.R. § 106, 33; Stobbe-Lehmann § 144, 44; Kohler, Forschungen 19. Er konnte die Sache veräußern Meibom, Pf.R. 351; Kohler, Forschungen 235, und afterverpfänden Meibom, Pf.R.252, 289; Kohler, Forschungen 17. 238.

[19] Meibom in Bekker Jahrb. IV. 450; Stobbe, P.R. § 106, 37; Stobbe-Lehmann § 144, 51. Mit Untergang des Pfandes erlosch daher das Forderungsrecht des Gläubigers Kohler, Forschungen 111; Stobbe-Lehmann § 144, 52.

[20] In den Städten hatte der Rentenkauf die Funktion der älteren Satzung; gleichwohl findet sich diese auch in Städten Stobbe, P.R. § 106, 11.

[21] Albrecht, Gewere § 17; Meibom, Pf.R. 402—444; Stobbe, P.R. § 107; Stobbe-Lehmann § 145.

geräumt wurden, welche die Pfändung im Exekutionswege gewährte[22]. Im Gegensatze zu der älteren Satzung hatte bei der neueren Satzung der Gläubiger weder Besitz noch Genuß des Pfandobjekts, sondern nur das Recht, zur Befriedigung seiner Forderung sich an das Pfandobjekt zu halten; in ihren Grundzügen war diese daher mit der Hypothek des römischen Rechtes zu vergleichen. Voraussetzung war Bestand einer Schuld, die durch Anerkennung festgestellt war[23]. Die Satzung setzte gerichtliche Errichtung voraus[24] und gewährte dem Gläubiger ein dingliches Recht auf Befriedigung seiner Forderung[25]. Die jüngere Satzung war also wie die römische Hypothek ein accessorisches Recht[26]. Der Schuldner blieb im Besitze des Pfandobjekts[27], unterlag jedoch zu Gunsten des Gläubigers einer Dispositionsbeschränkung, so daß er ohne dessen Einwilligung das Objekt nicht veräußern[28] oder mit einer Rente beschweren

[22] Meibom, Pf.R. 403. 434; Stobbe-Lehmann § 145, 2. A. M. Heusler, Inst. II. § 104.

[23] Meibom, Pf.R. 419. Die neuere Satzung wurde als Satzung um bekannte Schuld bezeichnet Meibom, Pf.R. 402. 2. Die Anerkennung lag in der gerichtlichen Errichtung unten Note 24.

[24] Meibom, Pf.R. 415; Stobbe, P.R. § 107, 3; Stobbe-Lehmann § 145, 5, 6. Nach einer anderen Ansicht war gerichtliche Auflassung erforderlich Albrecht, Gewere 148, 337; Beseler, P.R. § 95, 30; Planck, Ger.Vf. II. 350. 50. Die gerichtliche Errichtung hatte den Zweck einer Anerkennung des Forderungsrechts behufs sofortiger Vollstreckbarkeit Meibom, Pf.R. 419; außergerichtliche Satzungen waren nicht ungiltig, sondern nur von geringerer Sicherheit Meibom, Pf.R. 420; Stobbe, P.R. § 107, 6. An einzelnen Orten findet sich Bestellung der Satzung durch Verpfändung der Hausbriefe Roth in Z. f. R.G. X. 354 und unten Nt. 53 ff.; Bischoff in Z. f. R.G. XII. 37; Stobbe, P.R. § 107, 6. Die gerichtliche Bestellung erfolgte durch Ausfertigung einer Urkunde, vielfältig auch durch Eintragung in das Stadt- oder Gerichtsbuch Meibom, Pf.R. 419; Stobbe, P.R. § 107, 4.

[25] Die Dinglichkeit war jedenfalls im 14. Jahrhundert allgemein anerkannt Stobbe, P.R. § 107, 19; Stobbe-Lehmann § 145, 16. Für die frühere Zeit wird die Dinglichkeit von Meibom, Pf.R. 432 geläugnet, dagegen von Kohler, Forschungen 25 und Stobbe, P.R. § 107, 140 auch für diese angenommen.

[26] Stobbe, P.R. § 107 Nr. 1. A. M. Meibom, Pf.R. 437.

[27] Albrecht, Gewere 147; Stobbe, P.R. § 107. IV. 4; Stobbe-Lehmann § 145, 17. Nicht für wesentlich hält dieß Meibom, Pf.R. 411, er nimmt vielmehr an, daß die neuere Satzung auch mit Besitzübertragung an den Gläubiger verbunden sein konnte.

[28] Meibom, Pf.R. 428; Stobbe, P.R. § 107, 15; Stobbe-Lehmann § 145, 18—21. A. M. Kohler, Forschungen 29, der die in den älteren Quellen sich

durfte [29]. Auch die neuere Satzung konnte ursprünglich nur für einen einzigen Gläubiger bestellt werden [30]. Als es später gewöhnlich wurde, an einem bereits verpfändeten Grundstücke die Bestellung einer neuen Satzung für einen neuen Gläubiger zu gestatten, wurde eine Beschränkung des Pfandrechts des Letzteren auf den Ueberschuß des Werthes des Objekts nach Befriedigung des vorgehenden Satzungsgläubigers angenommen (Ueberteuerung) [31]. Leistete der Schuldner nicht Zahlung, so hatte der Gläubiger zunächst sich an das Pfand zu halten [32] und der Schuldner konnte es nicht hindern, daß der Gläubiger die Befriedigung aus dem Pfande suchte [33]. Das Exekutionsverfahren war nach den Landesrechten verschieden. Nach der einen Classe wurde das Pfandobjekt dem Gläubiger an Zahlungsstatt zugeschlagen. Nachdem das Objekt aufgeboten und der Gläubiger in den Besitz eingewiesen war, wurde, wenn der Schuldner in der gesetzlichen Frist nicht bezahlt hatte, das Objekt dem Gläubiger übereignet, wobei der Schuldner keinen Anspruch auf Herausgabe der Hyperocha hatte [34]. Nach der anderen Classe von Rechten war die Exekution auf Befriedigung durch Verkauf des Pfandes gerichtet und zwar in doppelter Weise. Nach dem einen Theil der Rechte wurde die Frist von Jahr und Tag eingehalten. Nach dreimaligem Aufgebote wurde das Grundstück dem Gläubiger geweldigt; es waren ihm bestimmte Fristen gesetzt, innerhalb deren dann das

findenden Bestimmungen von Veräußerungsverboten nur als Zeugnisse für die Dinglichkeit ansieht.

[29] Meibom, Pf.R. 429, 25.

[30] Meibom, P.R. 429, 39; Stobbe, P.R. § 107, 7; Stobbe-Lehmann § 145, 9.

[31] Stobbe, P.R. § 107, 9; Stobbe-Lehmann § 145, 11; Kohler, Forschungen 28, 2. unten Nt. 57.

[32] Meibom, Pf.R. 422. Solange der Gläubiger nicht seinen Anspruch gegen das Pfand geltend gemacht hatte, konnte er weder gegen den Schuldner noch gegen den Bürgen vorgehen.

[33] Bei der Exekution waren nach Deutschem Rechte zunächst die Mobilien, dann die Immobilien pfändbar und die Reihenfolge konnte nicht einseitig geändert werden Meibom, Pf.R. 58. In der Satzung lag eine Vereinbarung darüber, daß das Objekt als Exekutionsgegenstand dienen solle und der Schuldner den Gläubiger nicht auf andere Exekutionsobjekte verweisen dürfe Meibom, Pf.R. 423. Ebenso wenig hatte ein dritter Besitzer des Pfandes gegen die Pfandklage das beneficium excussionis Meibom, Pf.R. 424.

[34] Dieses Verfahren findet sich nach Sächsischem und Fränkischem Rechte. Vgl. hiezu Roth, D. P.R. III. S. 506 N. 34.

Grundstück von ihm verpfändet oder veräußert werden sollte; konnte es nicht veräußert werden, so wurde es dem Gläubiger in abgeschätztem Werthe zugesprochen [35]. Nach dem andern Theil der Rechte wurde nach vorgängiger Anbietung an den Schuldner zur Einlösung der Gläubiger zum Verkauf ermächtigt (Vergönnung des Gantrechts), indem ihm entweder reell oder symbolisch das Grundstück ausgeantwortet wurde; konnte es weder versetzt noch verkauft werden, so erfolgte Uebereignung an Zahlungsstatt nach Schätzung, wobei der Gläubiger die Hyperocha herauszugeben hatte [36]. Erfolgte die Befriedigung des Gläubigers durch Veräußerung des Pfandes, so konnte wenigstens nach späterem Rechte der Gläubiger Deckung des Ausfalls durch den Schuldner ansprechen [37].

III. Generalhypotheken. Von Manchen wird angenommen, daß das Deutsche Recht schon vor Reception des römischen Rechtes Generalhypotheken wie dieses gekannt habe [38]. Allein die zweifellos vorkommenden Fälle, in denen das ganze Vermögen verpfändet wurde [39], sind nicht auf Bestellung eines Pfandrechts [40], sondern nach der richtigen Meinung nur auf Anerkennung der Schuld ohne Begründung eines Vorzugsrechts gerichtet [41].

---

[35] Diese Form findet sich im Magdeburgischen und im Hamburg-Lübecker Rechte. Vgl. hiezu Roth, D. P.R. III. S. 506 N. 35.

[36] Diese Form findet sich namentlich in Bayrischen, Schwäbischen und Schweizerischen Rechten. Regelmäßig sollte der Gläubiger, ehe er zum Verkauf schritt, den Versuch machen, durch Verpfändung die Tilgung seiner Forderung zu erwirken Kohler, Forschungen 13; wurde zum Verkaufe geschritten, so mußte das Objekt 6 Wochen 3 Tage lang dem Schuldner zur Einlösung angeboten werden. Erfolgte diese nicht, so wurde der Gläubiger zum Verkauf ermächtigt, indem ihm das Grundstück ausgeantwortet wurde, entweder reell oder symbolisch (durch Span- und Rasenschnitt), in welch' letzterem Falle der Schuldner im Besitze blieb. Der Verkauf erfolgte erst nach späterem Rechte gerichtlich Meibom, Pf.R. 122.

[37] Meibom, Pf.R. 424; Stobbe, P.R. § 107, 29; Stobbe-Lehmann § 145, 33.

[38] Dieß ist die Ansicht von Meibom, Pf.R. 413, der annimmt, daß darin eine Verpfändung der einzelnen das Vermögen ausmachenden Mobilien und Immobilien lag. A. M. Albrecht, Gewere 22, 55, der in den betreffenden Fällen Auflassung der Immobilien mit den als Pertinenz ihnen folgenden Mobilien sieht.

[39] S. Beispiele bei Stobbe, P.R. § 107, 32; Stobbe-Lehmann § 145, 37.

[40] Meibom, Pf.R. 143 sieht darin Bestellung eines Pfandrechts nach Art der neueren Satzung, die nach seiner Ansicht auch bei Mobilien zuläßig war.

[41] Ich schließe mich der Ansicht von Stobbe, P.R. § 107, 36 an, die sich

Bis zur Reception des römischen Rechts unterschied sich daher das Deutsche Pfandrecht an Immobilien von dem römischen Rechte in folgenden Punkten:

I. Das Deutsche Pfandrecht hat den Grundsatz der Spezialität von Anfang an anerkannt. Verpfändungen des ganzen Vermögens, die sich finden, gewähren kein dingliches Recht, sondern nur ein Vorzugsrecht vor anderen Forderungen.

II. Nach Deutschem Recht wurde zur Begründung eines Pfandrechts ein Akt der Constituirung vorausgesetzt; es gab keine gesetzlichen Pfandrechte.

III. Die Begründung des Pfandrechts war für Immobilien eine andere als für Mobilien. Während bis zur Reception des römischen Rechtes ein Pfandrecht an Mobilien nur durch Besitzübertragung bestellt werden konnte, war für Immobilien, für welche ursprünglich der gleiche Grundsatz gegolten hatte (ältere Satzung), in dem späteren Rechte eine Pfandbestellung ohne Besitzeinräumung (neuere Satzung) gegeben.

IV. Die ältere Satzung gewährte dem Gläubiger nur Besitz und Genuß des Pfandobjekts bis zur Einlösung durch den Schuldner, aber kein Distraktionsrecht, die neuere Satzung nur Distraktionsrecht oder das Recht auf Zuschlag, während der Schuldner im Besitze des Objekts verblieb.

V. Die ältere Satzung setzte Auflassung voraus, nicht aber die neuere Satzung, bei welcher die gerichtliche Errichtung nur einen Vorzug vor der nicht gerichtlichen gewährte.

VI. Bei der älteren Satzung war dem Schuldner jede Disposition über das Objekt entzogen; die neuere Satzung hatte nur eine Dispositionsbeschränkung zur Folge, insoweit das Recht des Gläubigers entgegen stand.

VII. Die ältere Satzung ließ ihrer Natur nach Verpfändung an mehrere gleichberechtigte Gläubiger nicht zu; bei der neueren Satzung war dieß nicht der Fall und es wurde daher die Bestellung mehrerer Pfandrechte später üblich. In diesem Falle findet sich schon in dem älteren Rechte der nach jetzigem Rechte die Priorität regelnde Grundsatz, daß der spätere Pfandgläubiger nur auf den

---

auch in späteren Gesetzen ausgesprochen findet Stobbe, P.R. § 108, 52. Vgl. auch Stobbe-Lehmann § 145, 39—41.

von dem vorgehenden Pfandgläubiger nicht eingenommenen Werthüberschuß Anspruch machen kann.

VIII. Bei der älteren Satzung war der Anspruch des Pfandgläubigers auf das Pfandobjekt beschränkt und konnte gegen das übrige Vermögen des Schuldners gar nicht geltend gemacht werden; durch die neuere Satzung war die persönliche Haftung des Schuldners nicht ausgeschlossen, der Gläubiger hatte sich aber zunächst an das Pfand zu halten.

Vergleichen wir diese Principien mit der Rechtsentwicklung in den bayrischen Rechtsgebieten seit dem 16. Jahrhundert[42], so ergibt sich, daß die römischen Pfandrechtsgrundsätze mit der Reception des römischen Rechtes in den weitaus meisten Gebietstheilen recipirt wurden, während die Grundsätze des Deutschen Rechtes nur in ganz vereinzelten Rechtsgebieten erhalten blieben. Insbesondere waren im Rechtsgebiete des Bayrischen Landrechts die Grundsätze des römischen Pfandrechts schon im 16. Jahrhundert in der Hauptsache angenommen und in der darauf folgenden Zeit wurde die Romanisirung vollständig durchgeführt[43]. Es waren nicht nur die gesetzlichen Pfandrechte des gemeinen Rechtes anerkannt, sondern es war auch das Rangverhältniß derselben gegenüber anderen Pfandrechten nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes geregelt[44]. Dabei hatten die von Siegelmäßigen in siegelmäßiger Form, von Nichtsiegelmäßigen gerichtlich errichteten Conventionalhypotheken den Vorzug vor den nicht öffentlichen Conventionalhypotheken, deren Geltung in dem größeren Theile des Rechtsgebiets anerkannt war[45]. Das Bayrische Landrecht nahm also die Stellung ein, daß es den in der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichteten Conven-

---

[42] Vgl. zum Folgenden auch Gönner I. S. 47, Regelsberger § 2.

[43] In dem Bayrischen Landrecht II. 6 ist das Pfandrecht ganz auf Grundlage des römischen Rechtes geregelt. So ist namentlich Bayr. L.R. II. 6. 8 die Zuläßigkeit der Bestellung von Mobiliar-Hypotheken beibehalten, die sonst in dieser Zeit schon vielfach ausgeschlossen war vgl. Roth, D. P.R. III. S. 509 ff.

[44] In der Bayr. G.O. von 1753 XX. 5—8 sind die privilegirten stillschweigenden Pfandrechte des gemeinen Rechtes in der vierten bis siebenten Classe locirt, die nicht privilegirten stillschweigenden Hypotheken concurriren in der achten Classe mit den gerichtlichen Conventionalhypotheken.

[45] G.O. XX. 11 Nr. 2 erkennt die Geltung der außergerichtlichen Conventionalhypotheken an, welche in einem Notariatsinstrument oder vor Zeugen zu errichten sind.

tionalhypotheken einen allgemeinen Vorzug vor den außergerichtlichen Conventionalhypotheken einräumte, für das Verhältniß zu den daneben bestehenden stillschweigenden Hypotheken aber die gemeinrechtlichen Grundsätze entscheiden ließ. Aehnlich war die Entwicklung auch in anderen jetzt zum Rechtsgebiete des Bayrischen Hypothekengesetzes gehörigen Landestheilen[46]. In folgenden Rechtsgebieten galten jedoch die nachstehenden, zum größten Theile auf deutschrechtlicher Grundlage fußenden besonderen gesetzlichen Bestimmungen:

1. Das Grundbuch der Stadt München. Hier war nicht nur in dem Stadtrecht, die gerichtliche Errichtung als nothwendige Form der Verpfändung von Immobilien ausgesprochen[47], sondern es war hier auch durch eigne Grundbuchordnungen die Auflassung und dingliche Belastung städtischer Immobilien besonders geregelt[48].

2. Das Stadtbuch der Städte Ulm und Nördlingen. Schon frühzeitig hatte sich in Ulm das Institut der gerichtlichen Auflassung ausgebildet, welches zunächst für städtische Immobilien die Nothwendigkeit der Eintragung aller darauf bezüglichen Geschäfte in das öffentliche Buch zur Folge hatte[49]. Dieß war auch in der späteren Gesetzgebung erhalten und es war nicht nur den in das Pfandbuch eingetragenen Hypotheken der Vorzug vor allen anderen Forderungen mit Ausnahme der Erbzinsen und

---

[46] So in dem Bisthume Bamberg, wo die von dem Lehensherrn consentirten Spezialhypotheken die sog. Lehensconsense den Vorrang vor allen nicht consentirten Hypotheken anzusprechen hatten, den privilegirten stillschweigenden Hypotheken jedoch nachstanden; vgl. unten Nt. 68 ff. Aehnlich war das Verhältniß der in die Hypothekenbücher eingetragenen Conventionalhypotheken in dem Rechtsgebiete des Mainzer Landrechts; vgl. unten Nt. 78 ff.

[47] Stadtrecht Art. 32: Wer Erb und Aigen zu Pfandt will setzen, der sol daz tuon vor Gerichts in ofner Schrannen in der vier Wenden und daz sol man schreiben in daz Gerichtbuoch.

[48] Vgl. oben § 161 Nt. 33 und § 189 Nt. 47 ff.; Gönner, über zweckmäßige Einrichtung des Hypothekenbuchs § 12. Darauf beruht das noch jetzt in Uebung stehende Ewiggeldinstitut der Stadt München; s. oben § 189 Nt. 62 ff.

[49] In Ulm findet sich ein Stadtpfandbuch seit 1401 Jäger, Ulms Verfassung 1831 S. 283 und 322; es ist indessen anzunehmen, daß die Einrichtung auf ältere Zeit zurückführt s. Gönner, Einrichtung des Hypothekenbuchs § 14 und S. 153, wo über die Form des Ulmer Grund- und Hypothekenbuchs Mittheilungen gemacht sind.

Steuern eingeräumt[50], sondern auch die dingliche Wirkung der Generalpfandrechte ausgeschlossen[51]. Die gleichen Bestimmungen und offenbar daraus abgeleitet finden sich in dem Nördlinger Stadtrechte[52].

3. Die Hausbriefe der Städte Augsburg und Regensburg. In diesen beiden Städten findet sich eine Form der Pfandbestellung, von der bisher aus anderen Rechtsgebieten nichts bekannt geworden ist[53]. Sie bestand darin, daß der Kaufbrief oder Uebergabbrief des Grundstücks, welches verpfändet werden sollte, dem Gläubiger zur Begründung des Pfandrechts übergeben wurde. In Augsburg[54], wo dieses Verfahren schon im 15. Jahr-

---

[50] Gesatz und Ordnung IV. 1. 5. Diese Verordnungen sind von 1579 und wurden 1616 und 1683 revidirt. Die Bestimmungen über das Hypothekenwesen finden sich schon in der älteren Recension IV. 1. 22.

[51] Gesatz und Ordnung IV. 1. 30. Auch diese Bestimmung findet sich schon in der ersten Recension.

[52] Stadtrecht II. 9. 2 und 4 Arnold II. 495. Die Angabe von Gönner, Comment. I. 47 und Einrichtung S. 46, daß in Memmingen ein Hypothekenbuch nach dem Vorbilde desjenigen der Stadt Ulm eingerichtet gewesen sei, ist nicht richtig, da die bis zur Vereinigung mit Bayern geltende Gerichtsordnung 1751 XXIX. 37 f. die privilegirten stillschweigenden Hypotheken den eingetragenen vorsetzt. Ebensowenig ist die von Gönner behauptete Ausdehnung der Ulmer Hypothekengesetzgebung auf Lindau begründet, da hier nach Concursordnung 1739 Tit. VIII. das gemeinrechtliche Pfandrecht maßgebend war. Nur waren nach Conc.O. VII. 2 Pfandrechte auswärtiger Gläubiger von der Genehmigung des Rathes abhängig, welche immer nur für bestimmte Jahre ertheilt wurde und erneuert werden mußte, wenn das Pfandrecht nicht erlöschen sollte. Ueber Oettingen, für welches Gönner gleichfalls die Annahme des Ulmer Hypothekenrechts behauptet, geben die mir zugänglichen gedruckten Quellen keinerlei Aufschluß.

[53] In dem 1650 publicirten Nördlinger Stadtrecht II. 9. 3 Arnold II. 495 ist das Belehnen der Hausbriefe „wie zu Zeiten beschehen" ausdrücklich verboten. In Schweinfurt war eine ähnliche Einrichtung in Uebung Sammlung der vornehmsten Pflichten (1779) Tit. XXVII. § 1 S. 276: „Es wird . . . geordnet, daß hinfüro alle und jede Kauf- und Schuldverschreibungen, so auf Einsatzung liegender Güter (darunter auch die Versatzung der Kauf- und Schuldbücher gemeint) bestehen . . . nirgends denn bei unserer Canzlei in unsere Stadtbücher . . . . verschrieben werden." Da die Rechte von Nördlingen und Schweinfurt in keinerlei Zusammenhang mit denen von Augsburg und Regensburg standen, so scheint diese eigenthümliche Art der Verpfändung doch weiter verbreitet gewesen zu sein.

[54] Vgl. Kapff-Neunhöffer, Analecta juris statuarii Augustani . . . de hypothecis et pignoribus Tubingae 1784, Huber, Augsburger Statutarrecht

hundert als völlig ausgebildet hervortritt, wurde ursprünglich nur der Hausbriefe eingehändigt, ein Dekret von 1461 schrieb jedoch vor, daß der Schuldner außerdem eine besondere Schuldverschreibung, Versatzung, auszustellen habe [55], welche in Verbindung mit dem Hausbrief, der Handfeste, eine Spezialhypothek mit Vorrang vor anderen Forderungen begründete [56]. Nach der ursprünglichen Form konnte eine derartige Verpfändung nur für einen Gläubiger geschehen, nach einer späteren Form wurde jedoch die Verpfändung an mehrere Gläubiger zugelassen, welche dann der Reihe nach aus dem Pfandobjekte befriedigt wurden [57]. Dieses ältere Recht wurde durch ein Dekret 17/11 1718 modificirt, in welchem mit Beziehung auf die gemeinrechtlichen Bestimmungen der Vorzug des Alters und der gesetzlichen Privilegien anderer Pfandrechte für Concursfälle anerkannt wurde [58]. Die gleiche Einrichtung bestand in Regensburg und wurde hier erst durch die Verordnung 9/5 1813 aufgehoben [59]. Die Hypothekerrichtung durch Uebergabe des Hausbriefs gewährte hier ein Vorrecht vor allen Generalhypotheken und den Spezialhypotheken ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung [60], was sich jedoch auf den im Besitze des Hausbriefs befindlichen Gläubiger beschränkte [61].

---

76 f., Weber IV. 862, und meinen Aufsatz: Die Hausbriefe des Augsburger und Regensburger Rechts Z. f. R.G. X. 354.

[55] Kapff p. 13.

[56] Dekret 16|5 1564 bei Kapff p. 11.

[57] Dekret 24|10 1592 bei Kapff p. 10. Es wurde dieß „Ueberthеuerung" genannt, weil die nachfolgenden Gläubiger auf den nach Befriedigung der Forderung des ersten Gläubigers verbleibenden Ueberschuß angewiesen waren. Die Handfeste verblieb aber hier immer dem ersten Gläubiger.

[58] Huber, Statutarrecht 84 hält dadurch das ältere Recht für völlig beseitigt; dagegen nimmt Kapff an, daß zur Begründung von Hypotheken durch Privatdisposition die frühere Form immer noch erforderlich gewesen und durch das Dekret von 1718 nur der unbedingte Vorrang der Handfesten beseitigt worden sei.

[59] R.Bl. 1813 S. 610. Als gesetzliche Bestimmungen sind hier angeführt die Rathsdekrete 5|12 1695, 28|5 1736, 16|12 1738 und 16|11 1747. Nur die Dekrete von 1736 und 1747 sind in der Sammlung Regensburgischer Dekrete Nr. 222 und 240 gedruckt.

[60] Dekr. 16|11 1747. „Daß bloß allein die Besitzer derer neuen Haus- und Kaufbriefe ohne auf die Erstigkeit der Zeit d. i. ohne auf vorhergegangene General- als Specialhypotheken zu sehen den Vorgang in der 3. Klasse haben . . ."

4. Die Landtafel des Fürstenthums Kempten und der Markgrafschaft Burgau. Im Fürstenthume Kempten[62] wurde durch die Gesetzgebung das Institut der Landtafel eingeführt, das in der Hauptsache der Einrichtung in den österreichischen Kronländern nachgebildet war. Zunächst wurde durch V. 14/4 1738[63] die Eintragung sämmtlicher Immobiliarpfandrechte in die Landtafel vorgeschrieben und diesen der Rang nach der Zeit der Eintragung angewiesen; durch V. 6/4 1768 wurde die Verpfändung der eingetragenen Immobilien mit Ausnahme der Häuser nur bis zu drei Vierteilen des eingeschätzten Werthes zugelassen[64], diese Bestimmung jedoch durch V. 29/4 1774[65] wieder aufgehoben. Daneben war für die Eintragung von Forderungen gegen Personen, die kein Immobiliarvermögen besaßen, ein sog. Todtenbuch oder Nebenlandtafel eingeführt, wobei die Eintragung einen Rangvorzug für die Befriedigung aus dem Mobiliarvermögen gewährte[66].

In der Markgrafschaft Burgau war das Landtafelpatent 1/8 1793 in Geltung[67].

---

[61] Dekr. 18/11 1747: „ein auf die Haus- oder Grundbriefe nur angewiesener bürgerlicher Creditor hingegen keineswegs unmittelbar nach dem Besitzer derselben sondern nach der Zeit und Eigenschaft der Hypotheken lociret wird."

[62] Ueber die Landtafel des Fürstenthums Kempten vgl. Sammlung Kemptischer Verordnungen XXXVIII—XLVIII. Stichaner, über die Landtafel des ehemaligen Reichsstifts Kempten in Gönner über Einrichtung &c. § 13, Weber, Credit- und Schuldenwesen § 14 und Provincialrechte IV. 112 f.

[63] Sammlung S. 35.

[64] Sammlung 35. Der vorbehaltene Werthstheil, welcher die letzte Post bildete, sollte zur Deckung privilegirter Forderungen, namentlich Steuern u. s. w. dienen. Nach dem österreichischen Recht, dem diese Bestimmung entnommen ist, war nur der achte Theil des Werthes (Oktava) vorbehalten, hier war jedoch dem Vorbehalte der Vorgang vor den übrigen Eintragungen eingeräumt. Patent 10/7 und 25/9 1789 in K. Jos.Ges. Nr. 1030 und 1053. Dieß war eine allgemeine Verfügung, die auch nach Vorderösterreichischem Rechte Anwendung fand Weber IV. 1343 b.

[65] Sammlung S. 42.

[66] Weber IV. 115 a wo, die einschlägigen Verordnungen citirt sind.

[67] Weber IV. 1343 a behauptet, es habe hier das Landtafelpatent 22/4 1794 gegolten, das für Böhmen und Mähren erlassen wurde. Dagegen ist in Petzek, V.Österr. Privatrecht II. 74 a und öfter das Landtafelpatent 1/8 1783 als hier geltend angeführt, was sich schon daraus als das richtige entnehmen läßt, daß dieses für Breisgau, also die Vorderösterreichischen Lande, erlassen ist, mit denen die Markgrafschaft Burgau politisch vereinigt war. Da die Angaben bei Weber im allgemeinen sehr unzuverläßig sind, so kann seiner nicht

5. Die Lehenconsense des Fürstenthums Bamberg[68]. Nach Bamberger Landrecht hatten die vor dem Gerichte der gelegenen Sache ausgestellten und in das Hypothekenbuch eingetragenen Hypotheken an nicht lehenbaren Gütern den Vorrang vor allen anderen mit Ausnahme der gesetzlichen[69]. Dagegen war bei Lehen[70] zur Errichtung von Spezialhypotheken[71] der Consens des Lehensherrn erforderlich, der, wenn er auf sechs Jahre[72] und für nicht mehr als den dritten Theil des Werthes ertheilt worden[73] und in besonders dazu eingerichtete Bücher eingetragen war[74], dem Gläubiger im Konkurs ein Separationsrecht gewährte[75].

6. Das Hypothekenbuch des Erzbisthums Mainz[76]. Die Hypothekenbücher wurden von den Untergerichten geführt; die hier eingetragenen Hypotheken standen nur bestimmten durch das Landrecht privilegirten gesetzlichen Hypotheken[77] nach,

---

weiter bewiesenen Behauptung kein Gewicht beigelegt werden. Ueber das Landtafelpatent von 1783 vgl. Haan, Studien über Landtafelwesen Wien 1866, S. 26 f.

[68] Vgl. Weber, Bambergisches Landrecht I. 163 f., Credit- und Schuldenwesen § 11—13 und Provinzialrechte I. 794 f.

[69] Landrecht S. 361. Weber, Credit S. 44.

[70] Nach Bamberger Recht wurden dazu nicht nur die Ritterlehen und Zinslehen, sondern alle handlohnpflichtigen Güter gerechnet Weber, Credit S. 26.

[71] Die Errichtung von Generalhypotheken war an diese Voraussetzung nicht gebunden L.R. S. 352.

[72] Nach Ablauf dieser Zeit mußte der Consens erneuert werden Weber, Credit S. 29. Der Lehensherr konnte den Consens auch auf längere Zeit ertheilen, allein die Forderung hatte dann nicht das Recht der Separation, sondern wurde in der 3. Classe locirt L.R. S. 358 und 380.

[73] L.R. S. 378. Zur Consensertheilung bis zu diesem Betrage war der Lehensherr verpflichtet L.R. S. 359. Bei Consensertheilung über diesen Werthbetrag wurde der Ueberschuß in die dritte Classe locirt L.R. S. 380.

[74] Weber, Credit S. 30.

[75] L.R. S. 379. Mit diesem Institute war ursprünglich ein Executionsrecht des Lehensherrn in Concursfällen verbunden, das 1809 beseitigt wurde Weber, Credit S. 32. Diese Papiere genossen, wie Weber, Credit S. 27 versichert, allgemeines Zutrauen und waren viel im Umlaufe, da sie nicht nur durch das Separationsrecht, sondern auch durch die Haftpflicht des Lehensherrn sichergestellt waren.

[76] Vgl. Kurz, Mainzer L.R. 675 f. Das Mainzische Hypothekenwesen war durch L.R. XIX. und V. 15/1 1785 bei Kurz 681 geregelt.

[77] Die L.R. XXII. 3 aufgeführten gesetzlichen Hypotheken der Frau, der

und gingen allen anderen nicht eingetragenen Hypotheken vor. Die Errichtung der Hypothek (Verlegung) setzte eine vorgängige Taxation des Objekts und Bestätigung von seiten des competenten Gerichts voraus; die Befugniß der Verpfändung war vielfach beschränkt [78] und der Schuldner konnte das verpfändete Gut nur mit Einwilligung des Gläubigers veräußern [79].

7. Das Unterpfandsprotokoll der Stadt Schweinfurt. Dieß war in der Hauptsache der Mainzer Gesetzgebung nachgebildet, indem den dort eingetragenen Forderungen der Vorzug vor den nicht eingetragenen mit Ausnahme einzelner statutarisch privilegirter stillschweigender Pfandrechte eingeräumt, auch die Begründung von Hypotheken ähnlich wie in dem Mainzer Rechte beschränkt wurde. Nur dadurch unterscheidet sich diese Gesetzgebung, daß sie den Vorzug der eingetragenen Hypotheken von fünfjähriger Erneuerung abhängig macht [80].

8. Die Steuerobligationen des Fürstenthums Würzburg. Nach V. 30/10 1648 und 1/8 1704 [81] war die Ausstellung von Hypothekenbriefen den Steuerämtern vorbehalten, welche in dem einzelnen Falle zu constatiren hatten, ob die aufzunehmende Forderung die Hälfte der als Schätzungswerth des Objekts in den Steuerprotokollen angegebenen Summe übersteigt, da nur bis zu diesem Betrage Pfandobligationen auszustellen gestattet war. Solche öffentliche Hypotheken hatten ein Vorzugsrecht vor anderen Pfandrechten.

9. Die Preußische Hypothekenordnung vom

Bevormundeten, des Darlehens zur Hausreparatur und des Fiskus hatten ohne Eintragung den Vorzug in der II. Classe.

[78] Regelmäßig sollten Güter nur bis zur Hälfte des Werthes verpfändet werden; Güter, für welche der Kaufschilling rückständig war oder an welchen Miterben etwas zu fordern hatten, sowie die mit einem Fideicommiß, Nießbrauch oder Witthum belasteten Güter konnten gar nicht verpfändet werden Kurz 676.

[79] V. 15/1 1785 Nr. 15.

[80] Sammlung der vornehmsten Pflichten Tit. XXVII. S. 276 f. Diese Einrichtung beruhte auf einem Dekret vom 11. März 1765.

[81] M. S. I. 234 und 538. Eine besondere Hypothekenordnung von 1804 hatte die Grafschaft Castell, deren Bestimmungen bei Arnold II. 289 f. jedoch nur theilweise mitgetheilt sind.

20. Dezember 1783 war in den Markgrafenthümern Ansbach und Bayreuth durch Patent 19/5 1800 eingeführt[82].

Diese partikulären Rechtsbildungen sind durch die neuere Gesetzgebung insgesammt aufgehoben und durch ein den Principien des neueren Deutschen Hypothekenrechts entsprechendes Rechtsinstitut ersetzt, welches in ganz Bayern mit Ausnahme der Pfalz[83] Anwendung findet. Mit Beseitigung des gemeinen Rechtes sowohl als aller für die einzelnen Landestheile geltender gesetzlicher Bestimmungen wurde in dem Hypothekengesetz und in der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822[84] eine vollständige Umgestaltung des Pfandrechts angebahnt, indem unter Aufhebung aller generellen und gesetzlichen Pfandrechte für Immobilien die Eintragung in das Hypothekenbuch als ausschließlicher Entstehungsgrund der Hypothek angenommen und zugleich die Errichtung von Hypotheken nur bei Immobilien zugelassen wurde. Durch das Einführungsgesetz vom 1. Juni 1822 sind diese Gesetze vom 1. Juni 1825, in dem Rechtsgebiete der Kemptner Landtafel und der Bamberger Lehensconsense vom 1. Januar 1827 an als geltend eingeführt[85]. Als Ergänzung dienen die Instruktion über Vollziehung des Hypothekengesetzes 13/5 1823, das Gesetz 7/7 1856 über Abänderung des § 19 der Prioritätsordnung und zur Erläuterung zahlreiche Ministerialreskripte[86].

Das bayrische Hypothekenrecht beruht auf den durch die preußische Hypothekenordnung 20/12 1783 und dem preußischen Landrechte zuerst aufgestellten Grundsätzen der Publicität und Spe-

[82] Arnold I. 12.

[83] In der Pfalz gilt das französische Hypothekenrecht mit wenigen auf neueren bayrischen Gesetzen beruhenden Abänderungen. Ueber die Geltung des Hypothekengesetzes in dem Rechtsgebiete des Preußischen Landrechts und die Ausschließung der abweichenden Vorschriften des letzteren vgl. unten § 198 Nr. 4.

[84] Ueber die auf die Erlassung dieser Gesetze bezüglichen Verhandlungen vgl. Gönner, Vorträge über Gesetzgebungsgegenstände 1820 S. 77 f. und Commentar I. 46 f., dann Verhandlungen der K. d. A. 1819 I. 101, V. 339 f., XIII. 317 f.; 1822 Verh. III. IV. X. 354, XI. 65 und 157, Beil. B. II. 103 f.

[85] Einf.Ges. 1/6 22 § 1.

[86] Eine officielle Zusammenstellung namentlich der älteren wäre dringend wünschenswert, da die Sammlung von Schlichting Erlangen 1841 nur Reskripte der Appellationsgerichte und Kreisregierungen gibt. Die neueren Ministerialerlasse sind in der seit 1854 herausgegebenen Z. f. G.G. und R.Pfl. und später in dem Justizministeralblatte mitgetheilt.

cialität, hat jedoch wie diese die Grundlage des älteren Rechtes, die accessorische Natur des Pfandrechts beibehalten[87], so daß die in neuerer Zeit von manchen aufgestellte Ansicht[88], die Hypothek sei als ein selbstständiges dingliches Recht (Realobligation) aufzufassen, nach Bayrischem Rechte keine Berücksichtigung finden kann[89].

Das Bayrische Recht hatte indessen anfänglich den Grundsatz der Publicität nicht in demselben Umfange durchgeführt, wie vor ihm das Preußische Recht und die nachfolgenden Hypothekengesetze von Württemberg, Sachsen und Hessen, indem es nicht einmal für die Verpfändung von Immobilien die Eintragung in das Hypothekenbuch als ausschließliche Form vorschrieb, vielweniger die Entstehung anderer dinglicher Belastungen wie Reallasten und Servituten davon abhängig machte. Erst durch Art. 124 des b. A.G. z. R.C.P.O. vom 23. Febr. 1879 wurde die Begründung von Besitz- und Nutzungspfandrechten an unbeweglichen Sachen verboten[90].

Anlangend die Rechtsentwickeluug in den übrigen deutschen Staaten, so war die Gestaltung des Hypothekenrechts in der Preußischen Hypothekenordnung von 20/12 1783 und im Preußischen Landrechte lange Zeit nicht nur für das Gebiet des Preußischen Landrechts maßgebend, sondern auch für die Gesetzgebung in den anderen deutschen Staaten bestimmend. Erst in neuerer Zeit wurde in Preußen eine prinzipielle Aenderung der Grundlagen des Hypothekenrechts angebahnt. Der Entwurf der Preußischen Grundbuchgesetze von 1872 hatte zwar die ausgesprochene Absicht, die accessorische durch die selbstständige Hypothek zu ersetzen, die Hypothek schon bei der Constituirung von der Abhängigkeit, in der sie bisher von der Forderung gestanden, zu befreien und unabhängig von allen Einreden aus dem zu Grunde liegenden Forderungsverhältnisse zu stellen. In Folge der über die Gesetzentwürfe gepflogenen Berathungen wurde indessen dieser Gedanke aufgegeben und neben die accessorische Hypothek des bisherigen Rechtes die Grundschuld gestellt, über deren rechtliche Bedeutung in der Preußischen Jurisprudenz sich weitgehende

---

[87] Vgl. unten § 196 A.

[88] S. darüber Förster Eccius, P. P.R. § 190, 19 f.

[89] Auch Entwurf III. zu einem bayr. bürg. Ges.B. S. 366 f. hatte die gemeinrechtliche Grundlage beibehalten.

[90] Das B.G.B. hat sie nicht wieder aufgenommen. Vgl. dazu M. I. Bd. III, S. 628—631.

Meinungsverschiedenheiten geltend gemacht haben, für welche aber jedenfalls als durchgehendes Unterscheidungsmerkmal die Bestimmung gilt, daß bei Constituirung der Grundschuld ein Schuldgrund nicht angegeben wird. Auch die neuere Gesetzgebung hat demnach die Grundlage des Hypothekenrechts, die sich mit Reception des römischen Rechtes dafür ausgebildet hat, nicht vollständig zu beseitigen gewußt.

Weiter geht das Bürgerliche Gesetzbuch. Es hält nicht nur an dem Prinzipe der Publizität fest, sondern prägt es gegenüber dem geltenden Rechte noch schärfer aus; es stellt neben der Hypothek die von der Forderung völlig unabhängige Grundschuld, hat sich zwar von der Accessorität der Hypothek nicht vollständig zu trennen vermocht, schwächt sie aber gegenüber dem bisherigen Rechte erheblich ab und läßt in großem Umfange die Eigenthümerhypothek zu[91].

Abschnitt 1.

I. Die Hypothekengerichtsbarkeit.

§ 193.

1. Competenz des Hypothekenamts[1].

Nach älterem Rechte war die Gerichtsbarkeit in Hypothekensachen den Appellationsgerichten über die Güter der Standesherrn

---

[91] Vgl. hiezu unten § 196 A—C und besonders Best II. S. 1—14; Bunsen II. § 44, 45.

[1] N. Th. von Gönner, Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern, Bd. I. 1823; Bl. II. 1824; Bd. III. (Nachträge und Register von Eduard Graf) 1868; v. Nibler, systematisches Handbuch des bayrischen Hypotheken- und Prioritätsrechtes München 1829; Lehner, Lehrbuch der bayrischen Hypothekenamtsordnung, 2. Aufl., Sulzbach 1840; Lehner, Lehrbuch des bayrischen Hypothekenrechtes und der Prioritätsordnung, 2 Bände, 2. Aufl., Sulzbach 1840; Heyne, Erörterungen aus dem Grundeigenthums- und Hypothekenrechte 1847; Dr. Moritz Jungermann, Handbuch des bayrischen Hypotheken- und Prioritätsrechtes mit Einschluß des hierauf bezüglichen Verfahrens, in alphabetischer Reihenfolge, nebst einem Anhange von Formularien, München 1857, mit Nachtrag von 1863. Dr. Ferdinand Regelsberger, das bayrische Hypothekenrecht, 2 Abtheilungen, 1. Aufl. Leipzig 1874 und 1877, abgedruckt auch in Meibom, Deutsches Hypothekenrecht nach den Landesgesetzen der größeren deutschen Staaten, 1871, 2. Aufl. Leipzig 1895, 3. Aufl. Leipzig 1897 (diese ist im folgenden cit.); Becher b. Land.Civ.R. §§ 97 ff.; Wagner, S. 44—119; Keidel, Hypothekenbucheinträge und Vollzugsbestätigungen München

und erblichen Reichsräthe und über die Familienfideicommisse, den Kreisgerichten über die Güter mit gutsherrlicher Gerichtsbarkeit, im

1895; Carl Gebhard, die Hypothekenbuchsbereinigung im rechtsrheinischen Bayern und das künftige Grundbuch gegenüber dem jetzigen Hypothekenbuch, München 1897; Gütl, Handausgabe m. Commentar z. Hypothekengesetze, 4. Aufl., München 1896; Henle, die Hypothekengesetznovelle vom 29. Mai 1886, Erlangen 1889; Arnold, die Einklagung der Hypothekkapitalzinsen in Bayern und die Ewiggeldrenten in München, Erlangen 1855; das Hypothekensystem in seinen Erfordernissen und in seinem Verhältnisse zum Notariat, Erlangen 1863; Dürrschmidt, zur Lehre von den Verbandhypotheken der deutschen Rechte, mit besonderer Berücksichtigung der bayrischen Gesetzgebung, Augsburg 1856; Regelsberger, Studien im bayrischen Hypothekenrechte mit vergleichender Rücksicht auf andere neuere Hypothekengesetzgebungen, Erlangen 1872 (auch abgedruckt in Bl. f. R.A. XXXVI. S. 129 ff. über Sicherheitshypotheken und XXXVII. S. 2 ff. über das Prinzip der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches nach bayrischem Rechte); Dr. H. A. Mascher, das deutsche Grundbuch- und Hypothekenwesen, Berlin 1869, S. 408—423; Exner, Publizitätsprinzip, Studien zum österreichischen Hypothekenrechte, Wien 1870; auch Mittermaier im Arch. f. civ. Praxis Bd. XVIII. S. 149 ff.; 491 ff.; XIX. 126 ff.; XXVIII. 422 ff.; XXXIII ff.; Lührsen in krit. Vierteljahrsschrift Bd. I. S. 243 ff.; Dr. Karl Pflug, das Prinzip der Publizität in Deutschland, Erlangen 1895; Sohm über die Natur und Geschichte der modernen Hypothek in Grünhuts Zeitschr. V. S. 1—37; H. Colberg über die Bedeutung des öffentlichen Glaubens des Hypothekenbuchs, Halle 1877; v. Roth, die hypothekarische Succession und die Eigenthümerhypothek im Arch. f. civ. Praxis LXII. S. 97—148; Roth, d. Pr.R. Bd. III. S. 501—717; Gengler, das deutsche Privatrecht S. 249—262; Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts Bd. I. S. 442—465; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. VI. S. 253—406; Stobbe-Lehmann § 147 ff. mit Litteraturangaben auf S. 155—161; Gerber, System des deutschen Privatrechts, 16. Aufl., S. 244—248; 17. Aufl. „auf der Grundlage des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich neu bearbeitet" von Konrad Cosack, Jena 1895 S. 245—279; Alex. Franken, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, Leipzig 1894 S. 179—186, 234—259; Dr. Friedrich Weber, deutsches Hypothekenrecht mit besonderer Rücksicht auf dessen Reform im Reichscivilgesetzbuche; erste Abtheilung: geschichtliche Entwickelung des deutschen Grundbuchs- und Hypothekenrechts, Nördlingen 1887; Dr. Albert Tröger, die von dem bürgerlichen Gesetzbuche zu erwartenden hauptsächlichsten Aenderungen des rechtsrheinischen Hypothekenrechts in B. Not.Zeit. Jahrg. 1892 S. 93—138. — Litteratur zum Immobiliarpfandrecht des B.G.B.: M. I. Bd. III. S. 598—796 IV. S. 330—446; D. S. 211—230; Haidlen, Comm. z. B.G.B. zu §§ 1113 ff.; Reatz S. 537—581; Jakubezky S. 267—288; Krech S. 109—142; Fischer S. 50—61; b. Not.Zeit. 1896 S. 17—86, 98—147; Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entw. eines B.G.B. f. d. deutsche Reich (2. Lesung) Mannheim 1895; Räder, das Hypothekenrecht des Entw. II. Les. Not.Zeitschr. f. Elsaß-Lothringen 1896 (Sonderabdruck); Best. a. a. O. 2. Theil: das Hypo-

übrigen den Stadt-, Land- und Herrschaftsgerichten, dann den Patrimonialgerichten I. und II. Classe in ihren Gerichtssprengeln übertragen[2]. Mit Aufhebung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit[3] hörte die Competenz der Herrschafts- und Patrimonialgerichte, sowie der Kreisgerichte von selbst auf und ging auf die für die betreffenden Objekte competenten Untergerichte über[4]. In Folge des Organisationsgesetzes vom 1. Juli 1856 wurden die Hypothekensachen den bei den Bezirksgerichten und Landgerichten aufgestellten Einzelnrichtern[5] und durch das Gerichtsverfassungsgesetz vom 10. November 1861[6] den Stadt- und Landgerichten übertragen; der privilegirte Gerichtsstand in Civilsachen ist aufgehoben[7]. Durch das bayrische Ausführungsgesetz zum Reichsgerichtsverfassungsgesetze vom 23. Febr. 1879[8] ging endlich die Hypothekengerichtsbarkeit auf die mit Einzel-

---

thekenrecht; Gebhard, die Hypothekenbuchsbereinigung im rechtsrheinischen Bayern und das künftige Grundbuch gegenüber dem jetzigen Hypothekenbuch München 1897 S. 152—217. Gareis, Einführung S. 248—259; J. Schnell, die Aenderung des Umfangs und der Wirkungen der Bayrischen Hypotheken bei dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts in Bl. f. R.A. LXII. 225 ff.; Meyer, dingliche Schuldbelastungsformen in Bl. f. R.A. LXII. 289 ff.; Hachenburg, Vorträge über das B.G.B. S. 223 ff.; Obernetz, das Hypothekenrecht des B.G.B. (Vortrag) Berlin 1897; Räder, das materielle Grundbuchrecht des B.G.B. unter Berücksichtigung des in Elsaß-Lothringen geltenden Rechts, Gebweiler 1897; Siméon, zur Einführung in das Grundbuchwesen des Deutschen Reichs (Vortrag), Berlin 1897; Staub, die Construktion der dinglichen Rechte nach geltendem Recht und dem Entwurf im Arch. f. bürg. R. V. S. 12—57; Rudolph, das Immobiliarpfandrecht des Entw. im sächs. Arch. f. B. R. und Proz. I. S. 297—308; Stobbe-Lehmann §§ 155—163. Eingehende Litteraturangaben zum I. E. finden sich in der vom Reichsjustizamte gefertigten Zusammenstellung der gutachtl. Aeußerungen zum I. E. Bd. III. S. 269—373; Bd. VI. S. 577—583; s. ferner Bem. zum I. E. des K. Preuß. Justizministers, Berlin 1891 S. 213—226; der Großh. Mecklenburg-Schwerin'schen Regierung, Schwerin 1891 I. S. 237—290; des Großh. Hessischen Ministeriums, Darmstadt 1891 S. 150 bis 161; die im Reichsjustizamte gefertigte Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen, Berlin 1891 Bd. II. S. 109—124; Reatz, Zusammenstellung S. 41—45; zum II. E. s. auch die im Reichsjustizamte gefertigte Zusammenstellung der Aeußerungen der Bundesregierungen, Berlin 1895 Heft II. S. 18—31.

[2] H.G. § 87—90; Lehner, H.A.O. § 7—10; Gönner, Comment. II. 14.

[3] Ablösungsgesetz 4/6 48 Art. 1.

[4] J.M.E. 29/10 48. A.E. 20|11 48 Bl. XIV. 171.

[5] Organis.Ges. 1/7 56 Art. 18.

[6] G.V.G. Art. 18.

[7] G.V.G. Art. 76.

[8] Art. 7 Abs. 1 Ziff. 4; Art. 8; Art. 15 Abs. 2 Ziff. 1 A.G. z. R.G.V.G.

richtern besetzten Amtsgerichte über, die nun als regelmäßig competente Hypothekenbehörden und zwar nunmehr auch für die standesherrlichen Familienfideicommißgüter [9] erscheinen [10]. **Von dem Inkrafttreten des B.G.B. (1. Januar 1900) an üben die Hypothekengerichtsbarkeit als Theil der Grundbuchgerichtsbarkeit die Grundbuchämter [11] aus, deren Organisation der Landesgesetzgebung vorbehalten ist [12]; im rechtsrheinischen Bayern wird aber voraussichtlich eine Aenderung der bestehenden Organisation nicht erfolgen.** Als vorgesetzte Amtsbehörden der Amtsgerichte haben die Präsidenten der Land- und Oberlandesgerichte, sowie das Staatsministerium der Justiz die Oberaufsicht über die Hypothekenämter [13]. Gegen Verfügungen des Hypotheken- oder Grundbuchamts ist das Recht der Beschwerde bei dem vorgesetzten Landgerichte, gegen dessen Entscheidung bei Gesetzesverletzungen Beschwerde zum obersten Landesgerichte gegeben [14].

---

[9] arg. Art. 36 Ziff. 1 A.G. z. R.G.V.G.; Becher S. 93 Nt. 63; S. 669 zu Nt. 11.

[10] Eine Ausnahme ist begründet für die Mitglieder der königlichen Familie, für welche früher der privilegirte Gerichtsstand in Real- und gemischten Klagsachen vor den Appellationsgerichten war; oben § 31, 14, weßhalb auch diesen die Hypothekengerichtsbarkeit über die im Kreise gelegenen Güter der Mitglieder der königlichen Familie zustand Pözl, Verw.R. § 63, 8. Dieser privilegirte Gerichtsstand ist nunmehr auf die Oberlandesgerichte übergegangen. Art. 7 Abs. 1 Z. 2; Art. 8, 36 Z. 1 A.G. z. R.G.V.G.; Becher S. 79, 80, 669. Auch auf Familienfideicommisse der VII. Verf.Beil. erstreckt sich die amtsgerichtliche Competenz nicht, da für diese besondere Matrikeln bei den Oberlandesgerichten geführt werden. Art. 36 Ziff. 1 A.G. z. R.G.V.G.; VII. Verf.Beil. §§ 54—56; 27; § 8 Hyp.Ges., § 1 Instr. z. Hyp.Ges. mit Instr. v. 3. März 1857; Becher S. 669; Regelsberger § 22 Ziff. II.

[11] Grundbuchämter müssen eingerichtet werden: § 1^{I} R.Gr.B.O.; § 80^{I} a. a. O.; Art. 1 E.G. z. B.G.B.

[12] D.S. z. R.G.B.O. S. 24; oben § 129, 48.

[13] Art. 68—75 A.G. z. R.G.V.G.; §§ 49—51 der Form.Ver. v. 9. Dez. 1825.

[14] H.G. § 94 mit Art. 1 des Ges. v. 29. Mai 1886: „Wer durch eine Handlung desselben beschwert zu sein glaubt, kann sich mit der Beschwerde an das vorgesetzte Gericht wenden. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts wird erst wirksam, wenn sie nicht mehr mit der weiteren Beschwerde anfechtbar ist. Das Beschwerdegericht kann jedoch in seiner Entscheidung die sofortige Rechtswirksamkeit anordnen." Das vorgesetzte Gericht der Amtsgerichte ist das Landgericht, das der Oberlandesgerichte das oberste Landgericht. Für die Beschwerde und weitere Beschwerde

Die Hypotheken(Grundbuch)gerichtsbarkeit ist ein Theil der freiwilligen Gerichtsbarkeit und es steht daher den Hypotheken(Grundbuch)ämtern eine prozeßrichterliche Entscheidung nicht zu, vielmehr sind alle Gegenstände, welche einer solchen bedürfen, auf den Rechtsweg zu verweisen [15]. Den Mittelpunkt der hypotheken(grundbuch)amtlichen Thätigkeit bildet die Buchführung [16], sie wird im einzelnen Falle durch Anlegung eines Foliums für das betreffende Objekt begründet und ist mit dieser gegeben [17]. Das Hypotheken(Grundbuch)-

---

gelten die Art. 56—57 des A.G. z. R.C.P.O.; vgl. Becher S. 1282 ff. Bezüglich der Beschwerde gegen Entscheidungen des Grundbuchamts s. § 72 R.G.B.O.; jedoch auch § 100 a. a. O. (für Bayern aber wohl gegenstandslos). Gegen die Entscheidung des Landgerichts als Beschwerdeinstanz geht bei Gesetzesverletzungen gemäß § 79 die weitere Beschwerde an das Oberlandesgericht, das entweder selbst zu entscheiden oder, falls es in einer Rechtsfrage des reichsgesetzlich geregelten Grundbuchrechts von der Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Reichsgerichts abweichen will, die Beschwerde dem Reichsgerichte zur Entscheidung vorzulegen hat. Doch kann nach § 102 R.G.B.O. landesgesetzlich in Bayern an Stelle der verschiedenen Oberlandesgerichte ein Oberlandesgericht oder das oberste Landesgericht gesetzt werden. Für die Beschwerde und weitere Beschwerde gelten die §§ 71—81 R.G.B.O. — Das Beschwerderecht steht nur den Betheiligten zu (Bl. f. R.A. I. 359, 359). Die Notare haben nicht das Recht der Parteibeschwerde, sondern nur der Dienstaufsichtsbeschwerde: Samml. XII. 47; Becher S. 745 Nt. 18. — Ueber den Inhalt der Beschwerde s. besonders Bl. XV. E.Bd. S. 278.

[15] Hyp.Ges. § 92: „Das Hypothekenamt ist auf die Hypotheken und die damit nach Inhalt gegenwärtigen Gesetzes verbundenen Gegenstände, so weit sie als nichtstreitiges Rechtsgeschäft zu betrachten sind, beschränkt. Es kann daher zur Hebung der Anstände oder Widersprüche unter den Betheiligten eine gütliche Vereinigung versuchen; sobald aber der Gegenstand in eine Rechtsstreitigkeit übergeht, oder einer richterlichen Entscheidung bedarf, hat das Hypothekenamt dem Verlangen des Betheiligten nach Umständen durch eine Vormerkung im Hypothekenbuche zu entsprechen, übrigens die Parteien zum Rechtswege zu verweisen." Vgl. H.G. § 112, 152, 161, 165; Lehner, H.A.O. § 5 Nr. 3; Regelsberger § 22 Ziff. I; Becher § 97 lit. A S. 668; Bl. f. R.A. IX. 252; Erg.Bd. XII. 375; XIII. 122, 382. Daher können auch auf dem Beschwerdewege streitige Rechtsverhältnisse nicht entschieden werden: Bl. E.B. XII. 375; XIII. 277; XIV. 143. Die R.G.B.O. hat mit Recht eine ausdrückliche Vorschrift für überflüssig erachtet.

[16] Vgl. § 1 R.G.B.O. Ueber die Buchführung vgl. unten § 194.

[17] Die Eröffnung eines Foliums ist nach Bayrischem Rechte fakultativ, in-

amt handelt in der Regel auf Antrag der Betheiligten[18] und zwar sowohl des Gläubigers als dritter Personen, welche die Befugniß dazu nachweisen[19], oder auf Ersuchen eines zuständigen Gerichts[20];

---

sofern nicht durch Dritte Rechte angemeldet werden, die nur durch Eintragung sicher gestellt werden können vgl. unten § 194, 9. Regelsberger § 12 Ziff. I; Becher § 99 lit. B Ziff. I. Die dadurch begründete Competenz wird nur theilweise suspendirt durch Sperrung des Foliums im Falle eines Concurses, die sich aber nur auf weitere Belastung erstreckt, nicht aber andere damit in Verbindung stehende Einträge z. B. Cession eines Hypothekcapitals hindert: § 73 Hyp.Ges.; s. Z. f. Not. 1866 S. 381; 1867 S. 46; d. Not.Zeit. 1882 S. 262; 1884 S. 128; Bl. XLI. 180; Regelsberger § 54 Ziff. 2a; Becher § 122 B, IV. S. 821, 822. Im Falle der Subhastation tritt keine Foliensperre ein; vgl. Art. 33 Subh.Ordn. und Regelsberger § 54, 15; Becher § 122 Nt. 27. — Nach § 3 R.G.B.O. muß jedes selbständige Grundstück auch ohne Antrag der Betheiligten von Amtswegen in das Grundbuch eingetragen werden (vgl. auch § 6 a. a. O.). Die Anlegung des Grundbuchs besteht gerade darin, daß jedes derartige Grundstück im Grundbuche sein Grundbuchblatt erhält; wann das Grundbuch erstmals als angelegt anzusehen ist, bestimmt landesherrliche Verordnung (Art. 186 E.G. z. B.G.B.). Von der Eintragungspflicht bestehen Ausnahmen nur bezüglich des den Grundstücken gleichbehandelten Erbbaurechts (§ 1017 B.G.B.), für das ein Grundbuchblatt nur auf Antrag angelegt wird, außer wenn es veräußert oder belastet werden soll, und bezüglich öffentlicher oder den landesherrlichen Familien gehöriger Grundstücke und Erbbaurechte, die durch landesherrliche Verordnung von jeder Buchungspflicht befreit werden können (§ 90 R.G.B.O.). Vgl. dazu auch § 91 R.G.B.O. über das Verfahren bei Eintragung von Grundstücken, die nicht sofort ein Grundbuchblatt erhalten haben. Zum Ganzen s. auch oben § 162a, 36.

[18] H.G. § 96: „Das Hypothekenamt handelt in Hypothekensachen nicht unaufgefordert, sondern nur, wenn es dazu von einem Gerichte oder Betheiligten veranlaßt wird." Becher §§ 101—103. § 13$^{\mathrm{I}}$ R.G.B.O.: „Eine Eintragung soll, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt, nur auf Antrag erfolgen"; vgl. auch § 8 Abs. 1 Satz 1 R.G.B.O. Ausnahmen bestehen z. B. nach Nt. 17, nach § 8$^{\mathrm{II}}$ R.G.B.O.

[19] H.G. § 104 Nr. 1—5; vgl. unten § 190, 12 f. § 13$^{\mathrm{II}}$ R.G.B.O.: „Antragsberechtigt ist jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll". Eine besondere Bestimmung enthält § 8 Abs. 1 Satz 2 R.G.B.O. Vgl. hieher § 885 Abs. 1

ausnahmsweise hat es in den durch das Gesetz bestimmten Fällen[21] von Amtswegen zu verfahren. Der Antrag der Betheiligten kann

---

Satz 1, §§ 886, 894, 899 Abs. 2 Satz 1 B.G.B. und D.S. z. R.G.B.O. S. 35. Antragsberechtigt kann hienach bald der wirklich Berechtigte, bald nur der buchmäßig Berechtigte sein. Eine Erweiterung der Antragsberechtigung enthält § 14 R.G.B.O. zu Gunsten desjenigen, der auf Grund eines gegen den Berechtigten vollstreckbaren Titels eine Eintragung verlangen kann und zwar bezüglich der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Berechtigten, sofern die Zulässigkeit dieser Eintragung von der vorgängigen Berichtigung des Grundbuchs abhängt. Dazu s. D.S. z. R.G.B.O. S. 35, 38.

[20] H.G. § 96, 104 Ziff. 6. Das Gericht kann als Prozeß-, Vollstreckungs- oder Concursgericht handeln H.G. § 118; § 136, 4; § 156; Art. 30, 94, 122, 130 Abs. 2; Art. 156, 12, 71 Subh.Ordn.; §§ 19, 34, 130, 145, 146^I, 160, 161^IV, 163^II R.Subh.Ordn. § 106 R.C.O. mit Art. 33 A.G. z. R.C.P.O., bezw. § 106 R.C.O. nach Anl. z. D.S. § 33, 75, 160 H.G. mit Art. 123 Ziff. 5 A.G. z. R.C.P.O.; § 731 R.C.P.O. mit Art. 125 A.G. z. R.C.P.O. (Die § 730 und 737a R.C.P.O. enthalten nach der Anl. z. D.S. kein Antragsrecht des Vollstreckungsgerichts, doch soll § 731 R.C.P.O. bestehen bleiben.) §§ 82, 166 H.G. mit Art. 123 Ziff. 3 und 6 A.G. z. R.C.P.O.; Bl. XIV. 267; oder als Verlassenschafts-, Obervormundschaftsbehörde H.G. § 20, § 104, 4, 130. Bl. VIII. 239. XXXVIII. 377; J.M.E. v. 2. Juni 1855 (Ztschr. f. G. u. R. II. 131) und 20. Juni 1869 (J.M.Bl. S. 150) oder als Fideicommißgericht §§ 30, 101 VII. Verf.Beil. Vgl. auch Art. 37 Flurber.Ges. v. 29. Mai 1886 und Art. XVI des Expropr.Ges. v. 17. Nov. 1837. Bezüglich der Antragsberechtigung der Notare vgl. Art. 12 Abs. 2 und Art. 15 Not.Ges.; § 67 Instr. z. Not.Ges.; J.M.E. v. 6. April 1869 (77), 24. Okt. 1884 (189), 17. Mai 1855 (114); Becher § 102 Ziff. 8; Regelsberger § 24 Ziff. II. 2. — § 15 R.G.B.O.: „Ist die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung von einem Notar aufgenommen oder beglaubigt, so gilt dieser als ermächtigt, im Namen eines Antragsberechtigten die Eintragung zu beantragen." Zum Ganzen ist auch § 39 R.G.B.O. zu vergleichen, wonach in den Fällen, in denen nach gesetzlicher Vorschrift eine Behörde befugt ist, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu ersuchen, die Eintragung auf Grund des Ersuchens der Behörde erfolgt.

[21] H.G. § 97: „Auch hat das Hypothekenamt, wenn demselben Veränderungen an den eingetragenen Gegenständen, z. B. durch Todesfälle, Erbtheilung, Verträge u. dgl. amtlich bekannt werden, jene Einleitungen zu treffen, welche zu den dadurch begründeten Löschungen oder Einträgen der Cessionen

mündlich oder schriftlich gestellt werden[22] und wird, wenn er nicht sofort abzuweisen ist[23] oder wenn ihm nicht sofort entsprochen werden kann[24], von dem Hypothekenamt instruirt. Jeder Antrag, welcher

---

nothwendig sind." § 3 Abs. 2, § 9 Ziff. 2 Instr. z. Hyp.Ges.; § 71, 73 Instr. z. Not.Ges. Näheres s. bei Becher § 101 Nt. 2. § 99 (§ 137): „Ueberdieß muß das Hypothekenamt .... 2, wenn bei Veränderung des Besitzers aus den darüber vorgelegten Urkunden erhellt, daß der Uebergebende sich das Eigenthum oder eine Hypothek für den Kaufschilling oder für seine Person Alimente vorbehalten habe, oder statt des Kaufschillings bestimmte künftige Hinausbezahlungen oder Leistungen von dem Uebernehmer bedungen worden, darüber sogleich bei Eintragung des neuen Besitztitels die zu Sicherung dieser Rechte durch § 139 vorgeschriebenen Einträge, auch ohne ausdrückliches Verlangen des Betheiligten vornehmen." Bl. XVIII. 193, 198. Näheres s. bei Regelsberger § 24 Ziff. I; Becher § 714 Ziff. I. § 131: „Die Hypothekenämter sind verbunden .... die Lehens- und Grundbarkeitseigenschaft, sobald sie davon Kenntniß haben von Amtswegen einzutragen." Einführungsgesetz § 7: „Das Hypothekenamt soll solche Reallasten, besonders die bei dem Verkauf bedungenen Bodenzinse, sobald sie ihm bei Nachweisung des Besitztitels oder auf andere Weise aktenmäßig bekannt werden, von Amtswegen in das Hypothekenbuch eintragen." S. auch noch §§ 108, 167, 147, 157 (Bl. XLIV. 312; J.M.E. v. 22. Nov. 1871 [319], 26. Juli 1864 Ziff. II. B. 7) H.G.; dann Art. 31 Abs. 3 Subh.Ordn., Art. 29, 31 A.G. z. R.C.P.O. mit Art. 21 Abs. 3, Art. 30 Abs. 2, Art. 34 Abs. 1 Subh.Ordn. und Art. 44, 45 Abs. 2 Nov. z. Subh.Ordn. (J.M.E. v. 13. Juli 1891 [161]); Art. 37 Flurber.Ges. v. 29 Mai 1886. Vgl. Lehner, H.A.O. § 19; Regelsberger § 24; Becher § 101. Nach der R.G.B.O. ist von Amtswegen zu verfahren in den Fällen der §§ 3—6, 7 Abs. 1 Satz 2, § 8 Abs. 2, § 18 Abs. 2, § 22 Abs. 1, § 24, §§ 46, 49, 52, 53, 54 (mit 101: die sog. Offizialberichtigungen; über diese nach bisherigem Rechte vgl. Becher § 104 B, 6), 68 Abs. 3, § 70, 89 R.G.B.O., § 19 Abs. 2 R.Subh.O.

[22] H.G. § 101. Vgl. Becher § 102 C. R.G.B.O. § 30: „Für den Eintragungsantrag gelten die Vorschriften des § 20 (Protokollarerklärung vor dem Grundbuchamte, öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde) nur, wenn durch den Antrag zugleich eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung ersetzt werden soll." Wohl bedarf aber die Rücknahme des Antrags der in § 29 Satz 1 bestimmten Form: § 32 R.G.B.O.

[23] Hyp.G. § 105: „Das Hypothekenamt muß jedes bei demselben angebrachte Gesuch sorgfältig prüfen, ganz unstatthafte Gesuche sogleich abweisen, bei entdeckten Mängeln, die noch gehoben werden können, dem Anmeldenden eröffnen, was er noch beizubringen habe."

[24] H.G. §§ 107 und 108 vgl. unten Nt. 45, 48; Becher § 105; Regels-

auf eine definitive Einschreibung abzielt, setzt die Vernehmung desjenigen voraus, gegen dessen Rechtssphäre sich die Einschreibung richtet [25] (Consensprinzip). Auf Grund der gepflogenen Verhandlungen trifft das Hypotheken(Grundbuch)amt seine Verfügung, indem es dem Antrage stattgiebt oder die Parteien auf den Rechtsweg verweist [26].

Der Antrag kann sich auf eine Eintragung oder eine Löschung beziehen. Eintragung (i. e. S.) ist die Einschreibung in das Hypotheken(Grund)buch, durch welche bestimmte, auf das Hypotheken(Grundbuch)wesen bezügliche Rechte geschaffen oder öffentlich gemacht werden, da in Folge des Prinzips der Publicität der Inhalt des Hypotheken(Grund)buchs für alle, welche in gutem Glauben diesem gemäß gehandelt haben, für die mit dem Hypotheken(Grundbuch)wesen in Verbindung stehenden Verhältnisse entscheidend ist [27]. Die Eintragung kann sich beziehen auf das Hypotheken(Grundschuld)objekt, nämlich seine Bestandtheile, Pertinenzen und dauernden Belastungen [28],

---

berger § 25 Ziff. 1. Die R.G.B.O. enthält keine Instruktionspflicht, insbesondere nicht der § 18 R.G.B.O.

[25] H.G. §§ 109—111; 158, 168. Näheres über das Consensprinzip bei Regelsberger § 25 Ziff. 2—5; § 26 Ziff. I; Becher § 104 C. — §§ 19—21, 22 Abs. 2, § 23 Abs. 1, § 24, 27 R.G.B.O. Der § 19 enthält das Prinzip: „Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird.“ Ausnahmen sind die § 22 Abs. 1, § 23 Abs. 2, §§ 24, 25, 26 R.G.B.O.

[26] H.G. § 112; Becher § 105. § 181 R.G.B.O. bestimmt: „Steht einer beantragten Eintragung ein Hinderniß entgegen, so hat das Grundbuchamt entweder den Antrag unter Angabe der Gründe zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen. Im letzteren Falle ist der Antrag nach dem Ablaufe der Frist zurückzuweisen, wenn nicht inzwischen die Hebung des Hindernisses nachgewiesen ist.“

[27] H.G. § 25 unten § 198, 23 f.; §§ 892, 893 B.G.B.; s. oben § 128 Ziff. 1.

[28] Es sind dieß die Einschreibungen in der I. Rubrik, unten § 183. I., welche bezüglich des Umfangs und der Belastung des Objekts für gutgläubige Gläubiger entscheidend sind unten § 198, 31. Nach B.G.B. und R.G.B.O. findet eine Eintragung der Bestandtheile und Zubehörungen nicht statt, da sich hierauf die Hypothek oder Grundschuld kraft Gesetzes erstreckt, soferne nur das Zubehör Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache ist (§§ 1120—1122, 1192 B.G.B. [vgl. dazu auch § 1031 B.G.B. be-

auf die Dispositionsbefugniß und ihre Beschränkungen[29] sowie auf die Hypotheken (und Grundschulden) und die daran sich ergebenden Veränderungen[30]. Löschung ist die Einschreibung einer Thatsache, durch die eine Eintragung in das Hypothekenbuch ihre Wirksamkeit verliert. Sie erfolgt entweder direkt durch Einschreibung des Erlöschens oder indirekt durch Einschreibung einer Thatsache, mit deren Begründung das Aufhören des bisherigen Eintrags gegeben ist, z. B. Uebergang des Hypothekenobjekts auf einen neuen Besitzer, durch dessen Eintragung die Löschung des Rechtes des bisherigen Besitzers von selbst gegeben ist[31].

Die Prüfung der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts (Legalitätsprinzip), welches zur Einschreibung einer Eintragung oder Löschung Veranlassung giebt, liegt der Hypothekenbehörde unter eigener Haftung nur insoweit ob, als hiezu die Daten und Notizen im Hypothekenbuche selbst sich eingetragen finden[32]. Das Hypothekenamt soll

züglich des Nießbrauchs]) und der Bestandtheil nicht selbst wieder ein Grundstück ist: § 890 II B. G. B.; § 5 R. G. B. O. — Bezüglich der dinglichen Belastungen vgl. für das B. G. B. oben § 128 Ziff. 3. Vermuthlich wird für diese ähnlich wie in Preußen so auch in Bayern in Zukunft ein eigenes Belastungsblatt (2. Abth.), für die sonstige Beschreibung des Grundstücks ein sog. Titelblatt geschaffen werden (§ 1 II R. G. B. O.); freilich bezüglich der Uebergangszeit werden sich hier theilweise Schwierigkeiten ergeben; s. dazu § 87 R. G. B. O.

[29] Es sind dieß die Einschreibungen in die II. Rubrik, unten § 194. II., welche für Begründung und Umfang der Dispositionsbefugniß des eingetragenen Eigenthümers gutgläubigen Dritten gegenüber entscheiden unten § 198, Ziff. II. 2 f. Für das B. G. B. kommt hieher § 892 I, 2 mit § 135 B. G. B. in Betracht, insbesondere aber auch § 1136 a. a. O. Hienach zulässige Dispositionsbeschränkungen werden künftig ähnlich wie in Preußen in einer 1. Abth. des Grundbuchs Platz finden.

[30] Es sind dieß die Einschreibungen in die III. Rubrik unten § 194. III. Hiefür wird im Grundbuch ähnlich wie in Preußen eine 3. Abth. anzulegen sein.

[31] Lehner, H.A.O. § 188; Gönner, Comm. I. 582; Regelsberger § 96; Becher § 99 CII. Nach § 47 I R. G. B. O. erfolgt die Löschung durch Eintragung eines „Löschungsvermerks".

[32] H.G. § 96: „Die Prüfung der Giltigkeit und Richtigkeit eines einzutragenden Rechtsgeschäftes liegt demselben unter eigener Haftung nur insoweit ob, als hiezu die Daten und Notizen in dem Hypothekenbuche selbst sich ein-

sich aber auf diese Prüfungspflicht nicht beschränken, sondern auch sonst, insbesondere nach Maßgabe des Inhalts der concreten Vorlage und nach Maßgabe der Notorietät die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts untersuchen[33]; nur darf diese Prüfungsthätigkeit nicht in die den Parteien gestattete freie Dispositionsbefugniß eingreifen[34] und sollen

---

getragen finden, wohin besonders nach Maßgabe der an jedem Orte geltenden Gesetze und Gewohnheiten die Einwilligung der Lehen- oder Grundherrn, dann der in Gütergemeinschaft stehenden Eheleute, bei einer auf Privatwillen beruhenden Hypothek auf lehen- oder grundbare oder in der ehelichen Gütergemeinschaft begriffene Güter überhaupt die Berücksichtigung alles desjenigen gehört, was über die Rechtsverhältnisse eines Gutes oder des zeitigen Besitzers in dem Hypothekenbuche bemerkt ist." Hiezu gehört auch § 99 Ziff. 1 H.G. (s. nächste Note). Hierauf beschränkten die Prüfungsbefugniß Bl. XXXVIII. 126 und Roth, b. C.R. 1. Aufl. II. S. 387, 388. Die Praxis folgt der in der 2. Aufl. aufgeführten Ansicht und zieht die in der 1. Aufl. gezogene Grenze nur in solchen Fällen, in denen das Gericht des Hypothekenamts selbst den Antrag stellt: Bl. VIII. 239; Gönner II. 35; Becher § 104 B 7 zu Nt. 24, indem sie sich hiefür auf §§ 139, 140 H.G. stützt. Eine Ausnahme wird auch auf Grund des § 85 H.G. für die Löschung der Einträge zu machen sein; vgl. hierüber Becher § 164 B 7. — Die Einführung des Not.Ges. hat an dem Umfange der Prüfungspflicht und Prüfungsbefugniß der Hypothekenämter nichts geändert; vgl. Becher § 104 B 8 und Regelsberger § 26 II. a. E.

[33] Dieß geht aus H.G. §§ 105 (s. oben Nt. 23), § 97 H.G. hervor: „Das Hypothekenamt soll jedoch zur Giltigkeit der einzutragenden Rechtsgeschäfte theils durch Erinnerung der Betheiligten, theils durch Vorladung derjenigen, deren Einwilligung zur Giltigkeit des Rechtsgeschäftes nothwendig scheint, und zur Erhaltung der Rechte eines Betheiligten mitzuwirken suchen; auch hat das Hypothekenamt, wenn demselben Veränderungen an den eingetragenen Gegenständen, z. B. durch Todesfälle, Erbtheilung, Verträge und drgl. amtlich bekannt werden, jene Einleitungen zu treffen, welche zu den dadurch begründeten Löschungen oder Einträgen der Cessionen nothwendig sind." § 99 Ziff. 1 („überdieß muß das Hypothekenamt bei gleicher Haftung 1. an Orten, wo die allgemeine Gütergemeinschaft der gesetzliche Güterstand unter den Eheleuten ist, sowohl bei Veränderung des Besitzes als bei freiwillig bestellten Hypotheken über den Güterstand des Betheiligten Nachfrage halten und nach Umständen den andern Ehetheil zur Erklärung über das einzutragende Rechtsgeschäft vorladen"), § 140 („außer diesem Falle [des § 827 H.G.] darf das Hypothekenamt die Eintragung nur alsdann vollziehen, wenn demselben über die Besitztitel die Urkunden in Urschrift vorgelegt werden und diese so beschaffen sind, daß auf den Grund derselben das Eigenthum von einem auf den andern übergehen kann"). Vgl. dazu noch §§ 30, 96, 106, 131, 139, 141, 142, 146, 153 H.G. Näheres s. bei Regelsberger § 26; Becher § 104 B.

[34] Becher § 104 B, 4.

allzu ängstliche Nachforschungen vermieden werden[35]. Die von dem Hypothekenamte zu prüfenden Momente sind namentlich: Identität der Person, Legitimation der Bevollmächtigten, Handlungsfähigkeit und Dispositionsbefugniß derjenigen, welche eine Veräußerung vornehmen, Antrag nach Form und Inhalt. **Auch das B.G.B. erkennt das Legalitätsprinzip in diesem Umfang an, weicht aber insoferne vom bisherigen Rechtszustand in Bayern ab, als nur der dingliche Rechtsvorgang, nicht der ihm zu Grunde liegende obligatorische Rechtsakt der Prüfung des Grundbuchamts unterstellt ist**[36]. Ist die Grundlage des einzuschreibenden Rechtsverhältnisses noch nicht fertig oder die zwar fertige Grundlage dem Hypothekenamte nicht vorgelegt oder entsprechend belegt, so muß das Hypothekenamt den Antrag als gänzlich unstatthaft abweisen; ist in dieser Hinsicht zwar alles in Ordnung, jedoch die Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses noch von der zu bescheinigenden Existenz eines Ereignisses abhängig oder ist dem Consensprinzipe noch nicht genügt, so hat das Hypothekenamt nur den definitiven Eintrag abzulehnen und einstweilen eine Protestation oder Vormerkung in das Hypothekenbuch einzuschreiben, sowie die Betheiligten zur Beseitigung des Mangels zu veranlassen[37]. **In ähnlicher Weise bestimmt die R.G.B.O., daß, wenn der beantragten Eintragung ein Hinderniß entgegensteht, das Grundbuchamt je nach Lage der Sache entweder den Antrag unter Angabe der Gründe zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen und erst nach Ablauf der Frist den Antrag zurückzuweisen hat, sofern nicht inzwischen die Hebung des Hindernisses nachgewiesen worden ist; die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs zu Gunsten eines solchen noch unerledigten Antrags findet von Amtswegen nur dann statt, wenn vor der endgiltigen Erledigung**

---

[35] § 4 E.G. z. H.G. § 21 Abs. 1 Instr. z. H.G.

[36] Vgl. hiezu schon oben § 128 Nt. 50. Das Legalitätsprinzip ergiebt sich besonders aus §§ 18, 20, 29, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 99 R.G.B.O. — Bemerkenswerth ist aber, daß landesgesetzlich bestimmt werden kann, es habe das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur dann entgegenzunehmen, wenn die Urkunde über den obligatorischen Veräußerungsvertrag vorgelegt wird (§ 313 B.G.B.).

[37] §§ 105, 106 H.G. Regelsberger §§ 25, 65, Becher § 105.

des Antrags eine andere dasselbe Recht betreffende Eintragung beantragt wird, und wird von Amtswegen wieder gelöscht, wenn der frühere Antrag endgiltig zurückgewiesen ist[38].

Zur Vorbereitung der Eintragung oder Löschung dient die vorläufige Einschreibung. Das Bayrische Recht[39] unterscheidet Protestationen und Vormerkungen[40]. Protestation ist die vorläufige Einschreibung, welche die Wirksamkeit eines zur Einschreibung geeigneten positiven oder negativen Rechtsverhältnisses sichern soll, das zur Zeit nicht eingetragen werden kann, weil der Beweis der einzuschreibenden Thatsache nicht sofort erbracht werden kann oder weil das Rechtsverhältniß, auf welches die Eintragung sich bezieht, noch unvollendet ist[41]. Die Protestation ist ein Schutzmittel gegen die Folgen des Oeffentlichkeitsprinzips und hat die Wirkung, daß von ihrer Einschreibung an nichts zum Nachtheile des Rechtes geschehen kann, dessen Sicherung durch die Einschreibung bezweckt wird[42]. Vormerkung der Forderung ist die vorläufige Einschreibung einer Forderung in der III. Rubrik. Voraussetzung der Vormerkung ist, daß der Rechtstitel der Forderung vollständig begründet, die Eintragung jedoch wegen Mangels einer noch zu ergänzenden, die Wesenheit oder Gültigkeit der Handlung nicht berührenden Formalität nicht zuläßig, also zeitig gehindert ist[43]. Die Vormerkung der Forderung hat die Wirkung, daß mit Beseitigung der Hindernisse, welche der Eintragung entgegenstanden, die vorgemerkte Hypothek mit rückwirkender

---

[38] § 18 R.G.B.O. Die Eintragung der Vormerkung oder des Widerspruchs zu Gunsten des erstgestellten Antrags hindert den Vollzug der später beantragten Eintragung nicht: § 18 Abs. 1 a. E. mit § 17 R.G.B.O.

[39] Vgl. Regelsberger, H.R. § 64—68; Becher § 99, C. III; Bl. I. 223, 359; 579; XVII. 97, 215; XVIII. 81 ff.; LIV. 1 ff.; Heyne, Erörterungen S. 48—81; zu Rhein, Beiträge II. 293; Prinz, Einfluß §§ 13—43.

[40] Regelsberger, H.R. § 64 und Becher § 99 C III. fassen sie passend unter der Bezeichnung „vorläufige Einschreibung" zusammen, die sich im Gesetze nicht findet. Gönner, Commentar I. 300 bezeichnete sie dem Sprachgebrauche des Preußischen Rechtes entsprechend als Protestationen mit den Unterabtheilungen der Protestationen im engeren Sinne und der Vormerkungen; jetzt ist für beide die Bezeichnung Vormerkung gewöhnlich. Graf, Commentar III. 59; Bl. XLI. 81–85; Samml. XIV. 183.

[41] Regelsberger, H.R. § 25, 65; Becher § 105.

[42] H.G. § 28, 31; Regelsberger, H.R. § 66 II.

[43] H.G. § 30; vgl. Regelsberger, H.R. § 67 B. 2.

Kraft auf den Tag der Vormerkung alle Rechte einer eingetragenen Hypothek erwirbt[44]. Protestationen und Vormerkungen werden auf einseitigen Antrag desjenigen, dem sie zum Vortheile gereichen, eingetragen[45], setzen jedoch Bescheinigung durch unverdächtige Urkunden voraus[46]; sie sind namentlich auch dann einzutragen, wenn der Vollzug eines Gesuches um definitive Eintragung nicht als ganz unstatthaft zurückgewiesen, sondern nur von der Beibringung von Vorlagen oder der Zustimmung Dritter abhängig gemacht werden muß[46a]. Protestationen und Vormerkungen wirken bis zu ihrer Löschung[47]. Derjenige, gegen dessen Recht sich die Protestation oder Vormerkung richtet, wird, sofern dem Consensprinzipe noch nicht genügt ist, von der Einschreibung der Vormerkung oder Protestation benachrichtigt[48]. Ist nur die Einschreibung einer Protestation oder Vormerkung beantragt oder diese aus anderen Gründen als wegen Mangels der Zustimmung des Angegriffenen erfolgt, so kann auf Verlangen des Gegentheils der Antragsteller durch hypothekenamtliche Verfügung angehalten werden, innerhalb dreißigtägiger Frist das zur Verwandlung der Protestation oder Vormerkung in eine Eintragung Erforderliche beizubringen, außerdem sie gelöscht wird[49]; auch kann der Gegentheil mit der

---

[44] Regelsberger, H.R. § 68 A. 1. 2.

[45] H.G. § 108: „Bloße Protestationen oder Vormerkungen sind auf Verlangen desjenigen, welcher dadurch sein Recht auf allen Fall gegen Schaden sicher stellen will, auch ohne Beisein oder Einwilligung des andern Theils in das Hypothekenbuch einzuschreiben. Von einer jeden solchen Einschreibung ist dem Besitzer der Sache sofort Nachricht zu ertheilen."

[46] Gönner, Comment. I. 310 Nr. 3. III. 62 Lehner, H.A.O. § 32 Nr. 6 und § 211; Regelsberger § 65, Z. 8; Becher § 115, II. 4; Bl. V. 408, 4. X. 408; XVIII. 383. XXXVII. 304, 306; XXXI. 380; LII. 367. LVIII. 212 Erg.Bd. XIII. 120. Sammlg. XI. 690; XII. 199; XIV. 228. Ueber die Wirkungen einer Protestation vgl. Näheres bei Regelsberger § 66 und Becher § 115 Ziff. III.; Samml. II. 183; XII. 367; XV. 137; Bl. II. 40; XII. 161; XXI. 445; XIV. 185; LV. 28; XXII. 298; XLII. 185.

[46a] § 106 H.G.; oben Nt. 37.

[47] H.G. § 29.

[48] H.G. § 108.

[49] H.G. § 113: „Wegen einer geschehenen Vormerkung kann nicht nur der Besitzer der hypothecirten Sache, sondern auch jeder nachfolgende Hypothekgläubiger verlangen, daß derjenige, welcher die Vormerkung bewirkt hat, vom Hypothekenamte zur Berichtigung des Mangelnden innerhalb eines Termins von dreißig Tagen unter dem Rechtsantheil angewiesen werde, daß nach dessen

negativen Klage die Freiheit seines Rechtes erwirken[50]; ersteres ist jedoch nicht anwendbar in den Fällen, wo die Verwandlung der Vormerkung oder Protestation in einen peremtorischen Zustand nicht ausschließlich von dem Willen und der Thätigkeit des Antragstellers abhängt[51]. Ist die Protestation oder Vormerkung nur wegen Mangels der Zustimmung des Angegriffenen eingetragen worden, so wird dieser zur Erklärung binnen einer peremtorischen Frist aufgefordert, deren Bestimmung sich nach den Verhältnissen verschieden gestaltet, und die definitive Eintragung vollzogen, wenn er zustimmt oder innerhalb der Frist keine Erklärung abgiebt; widerspricht er, so werden die Betheiligten auf den Rechtsweg verwiesen[51a]. **Auch nach B.G.B. ist zwischen Vormerkungen und Protestationen zu unterscheiden. Die Vormerkungen dienen zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Aenderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes[52]. Die Protestation ist Widerspruch gegen den Inhalt des Grundbuchs, der mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange sich befindet[53]. Vormerkung und Protestation sind nicht ausschließlich auf Hypothek- und Grundschuldrechte beschränkt und deßhalb schon im Abschnitte über „die Grund-**

Ablauf die Vormerkung gelöscht werden solle. Wird der Mangel innerhalb dieses Termins nicht gehoben, so ist auf weiteres Anrufen des Betheiligten die Vormerkung im Hypothekenbuche zu löschen, es wäre denn, daß der Vorgeladene eine gesetzliche Verhinderungsursache nachweisen könnte. — Gegen eine abweichende Ansicht, wonach § 113 Hyp.Ges. nicht auf alle Arten von Protestationen anwendbar sein soll vgl. Becher, Nachtr. Nr. 173, wozu nur noch bemerkt sein mag, daß auch Grund und Zweck des § 113 gegen diese Ansicht sprechen.

[50] Regelsberger § 66 III.

[51] Gönner, Comment. II. 102 Nr. 4; III. 146; Regelsberger § 66 Ziff. III.; Becher § 115 Ziff. IV. 3; a. M. Lehner, H.A.O. § 218 und ein Aufsatz Bl. XVII. 99. Die letztere Ansicht entbehrt indessen der Begründung s. Graf, Comment. III. 115.

[51a] §§ 109—112 H.G., oben Nt. 26; Becher § 104 S. 736—738; Samml. XI. 741; XV. 639. — Für den Fall, daß der Angegriffene abwesend ist, vgl. 159 Ziff. 1 H.G. und Art. 123 Ziff. 4 A.G. z. R.C.P.O.; J.M.E. v. 14. Sept. 1879; Becher § 104 S. S. 738.

[52] §§ 883—888 B.G.B.; auch § 1179.

[53] § 889 B.G.B.

und Hypothekenbuchsverfassung im Allgemeinen" in den hauptsächlichsten Grundsätzen dargestellt [54]. Beide dienen überdieß nach der R.G.B.O. auch zu dem Zwecke, um eine beantragte, aber noch nicht zur endgiltigen Erledigung reife Eintragung gegen die Wirkungen einer später beantragten Eintragung zu sichern, und sind insoweit auch von Amtswegen einzuschreiben [55].

Alle bei dem Hypothekenamt einlaufenden schriftlichen Vorlagen und protokollarischen Anträge und Gesuche sowie deren Erledigung sind in das hypothekenamtliche Tagebuch einzutragen [56]. Das Tagebuch ersetzt das hypothekenamtliche Anmeldeprotokoll [57] und dient als Geschäftsausweis. Die Verhandlungen über die Einschreibungen werden, soweit die Protokollirung erforderlich oder zweckmäßig ist, in gesonderten Hypothekenprotokollen geführt, weßhalb für jeden Band des Hypothekenbuchs ein besonderer Protokollband angelegt wird, in welchem die Verhandlungen in chronologischer Reihenfolge eingetragen werden [58]; die dazu gehörigen Urkunden werden in besonderen Beilagebänden gesammelt [59]; auf ausdrückliches

---

[54] Vgl. oben § 128 Ziff. III. S. 11, 12.

[55] § 18 R.G.B.O.; vgl. oben Nt. 38.

[56] M.E. v. 20. Sept. 1863, 12. März 1864 und 11. April 1872. Regelsberger § 20, IV.; Becher § 106.

[57] O.A.G.E. v. 24. April 1866 (Bl. XXXI. 336). Doch ist dieß bestritten. Vgl. über die Litteratur für und wider: Becher § 103 Nt. 6.

[58] Instruktion § 7—9. Lehner, H.A.O. § 238 f. Protokollarmäßige Beschlußfassung ist jetzt für die Regel erlassen: Art. 15 Abs. 4 Not.Ges., §§ 68, 70, 71, 74 Abs. 2 Instr. z. Not.Ges.; J.M.E. v. 11. April 1872 Ziff. IV.; M.E. v. 15. Juni 1877 (131); v. 1. Mai 1891 (87); 23. Juni 1897 (143); Bl. LIII. 257; Becher § 105 Ziff. 6, § 108 A I.; Regelsberger § 20; Wagner § 29—31. Ueber Registerführung zu den Hypothekenprotokollen s. auch J.M.E. v. 17. August 1867 (194); 27. Sept. 1865; (148) und 18. Nov. 1891 (219). Nach § 94 R.G.B.O. kann die Landesjustizverwaltung die Führung von Grundakten anordnen und unbeschadet des § 11 auch Anordnungen über deren Einsicht und die Ertheilung von Abschriften hieraus treffen.

[59] Instruktion § 10. Lehner, H.A.O. § 241, 242; Regelsberger § 20, II.; Becher § 105 B. J.M.E. v. 17. Aug. 1867 (194). 27. Sept. 1866; 11. April 1872; 18. Nov. 1894 (229); Art. 22 des Ges. v. 18. März 1896 über Inhaberpapiere (180). Auch nach § 9 R.G.B.O. sind die Urkunden, auf die eine Eintragung sich gründet oder Bezug nimmt, von dem Grundbuchamt aufzubewahren: § 9[1] R.G.B.O. Auch

Verlangen des Eigenthümers können für größere Gutscomplexe auch besondere Specialakten angelegt werden[60], was für die von den Oberlandesgerichten geführten Hypothekenbücher allgemein vorgeschrieben ist[61]. Ueber Eintragungen, Protestationen und Vormerkungen im Hypothekenbuche wird eine einfache hypothekenamtliche Bestätigung als Recognitionsschein und, wenn für eine Schuld eine Hypothek bestellt wurde, auch eine ausführlichere Bestätigung als sogenannter Hypothekenbrief auf Verlangen ausgestellt[62]; auch können die Betheiligten Auszüge aus dem Hypothekenbuche verlangen[63].

---

können die Betheiligten die über das der Eintragsbewilligung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft (z. B. den obligatorischen Rechtsakt) errichteten Urkunden oder eine beglaubigte Abschrift derselben dem Grundbuchamte zur Aufbewahrung übergeben: § 9[II] R.G.B.O. Vgl. dazu D. S. z. R.G.B.O. S. 31, 32.

[60] H.G. § 130 Nr. 4. Instruktion § 11. Nr. 3. Lehner, H.A.O. § 243.

[61] Instruktion § 11. Nr. 1 Bl. XLIV. 257. Regelsberger § 20, III; Becher § 105 C.; J.M.E. v. 17. Aug. 1867.

[62] H.G. § 115—117, 170—175 §§ 36, 37 Instr. z. H.G. Lehner, H.A.O. § 224 f. Vgl. hiezu Regelsberger § 21 und Becher § 109 über den heutigen Unterschied und die heutige Bedeutung von Rekognitionsschein und Hypothekenbrief. Auch nach der R.G.B.O. ist der Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbrief (für Sicherungshypotheken ist die Ertheilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen: (1185 B.G.B.) nur ein ausführlicherer Auszug aus dem Grundbuch und wird vom Grundbuchamt ertheilt; nur Theilhypothekenbriefe ꝛc. können auch von einem Gericht oder Notar ertheilt werden. Die näheren Vorschriften hierüber sind in §§ 56—70, 97 (Vorbehalt für die Landesjustizverwaltung) R.G.B.O. enthalten; dazu D. S. z. R.G.B.O. S. 60—62. Der Brief hat auch materiellrechtliche Bedeutung: §§ 1116, 1117, 1139, 1140, 1144, 1145, 1150, 1152, 1154, 1155, 1157, 1160—1163, 1170, 1171, 1192, 1195, 1199 B.G.B.

[63] H.G. § 116, 117, § 36 Ziff. 1 Instr. z. H.G.: „Auszüge aus dem Hypothekenbuch sind dem Besitzer des Grundstückes, dem Lehen- oder Grundherrn, jedem, dem darauf ein Realrecht zusteht, jedem mit einer Hypothek eingetragenen oder vorgemerkten Gläubiger, jedem Cedenten und Cessionar derselben, desgleichen jedem Gerichte vom Hypothekenamte mit beigefügter Beglaubigung zu geben. Verlangt ein Dritter einen Auszug, so muß hierüber der Besitzer der Sache vorher vernommen werden.“ Lehner, H.A.O. § 232; Regelsberger § 21 A; Becher § 109, II; Wagner § 37. § 11 Abs. 2 R.G.B.O.: „Insoweit die Einsicht des Grundbuchs, der

Das Hypotheken(Grundbuch)amt genießt für die innerhalb seiner Zuständigkeit vorgenommenen Amtshandlungen öffentlichen Glauben; seine Urkunden und Ausfertigungen haben die Kraft öffentlicher Urkunden [64].

Der Hypothekenbeamte ist den Betheiligten regreßpflichtig [65], wenn er die Eintragung der zur Aufnahme in das Hypothekenbuch angemeldeten und dazu geeigneten oder von Amtswegen zu vollziehenden Einschreibungen unterläßt [66], wenn er Einschreibungen vornimmt, bei welchen die aus den Vorträgen des Hypothekenfoliums sich ergebenden Voraussetzungen nicht berücksichtigt sind [67], oder wenn die aus dem Hypothekenbuche gefertigten Auszüge, sowie die nach demselben vollzogenen Ausfertigungen mit dem Vortrag in dem Hypothekenbuche nicht übereinstimmen [68], dagegen nicht wegen Unterlassung derjenigen Handlungen, bei welchen jeder Betheiligte für Erhaltung seiner Rechte selbst zu sorgen hat, und wegen Unterlassung der dem Hypothekenamte vorgeschriebenen Mitwirkung zur Giltigkeit der einzutragenden Rechtsgeschäfte durch Erinnerung und Benachrichtigung der Betheiligten [69]. Soweit der Hypothekenbeamte nicht zahlungsfähig ist, haftet subsidiär der Fiskus [70]. **Nach dem B.G.B. und der R.G.B.O. haftet den Betheiligten der Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Grundbuchbeamte steht, wenn dieser vorsätzlich oder fahrlässig**

Urkunden, auf die im Grundbuche zur Ergänzung einer Eintragung Bezug genommen ist, und der noch nicht erledigten Eintragungsanträge gestattet ist, kann eine Abschrift gefordert werden; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen."

[64] H.G. § 93, § 11 Abs. 2 R.G.B.O.; §§ 380—383 R.C.P.O. Regelsberger § 12, III; § 21 II. 3; Becher § 97 E; § 109, III.

[65] Bl. XXII. 363 ist ausgesprochen, daß die Haftung des Hypothekenbeamten die Natur eines Regreßanspruchs habe, wie sich dieß auch aus H.G. § 100 ergiebt. Ueber die Haftung der Hypothekenbeamten vgl. Lehner in Zu Rhein, Beiträge I. 56 f.; Gönner II. 37—47; Regelsberger § 23; Becher § 97 H.

[66] H.G. § 98 Nr. 1. H.G. § 99 Nr. 1 und 2. Bl. XXXIV. 198; XXXVII. 223; XII. 14; XVIII. 193.

[67] H.H. § 96. § 98 Nr. 2. Erk. 25/1 69 J.M.Bl. 1869, 151.

[68] H.G. § 98 Nr. 3. Bl. XLV. 332.

[69] H.G. § 100.

[70] Gönner, Comment. II. 44. Lehner, H.A.O. § 25. Bl. XXIII. 174; Regelsberger § 23; Becher § 97 H III.; vgl. oben § 37 Ziff. III. 2.

die ihm obliegenden Amtspflichten verletzt, und insoweit den Beamten selbst eine Haftpflicht dem Betheiligten gegenüber treffen würde; doch hat der Staat oder die Körperschaft das Recht des Regresses an den Beamten, sofern und soweit ein solches nach den für das Dienstverhältniß des Beamten maßgebenden Vorschriften besteht [71].

§ 194.

2. Die Buchführung [1].

A. Die bayrische Hypothekenbuchführung.

Das Hypothekenbuch bildet für jeden Amtsbezirk in der Art eine Einheit, daß sämmtliche darin belegenen, zur Eintragung geeigneten Objekte [2] nur hier vorgetragen werden können. Es erstreckt sich dieß auch auf die unbeweglichen Pertinenzen eines in einem anderem Amtsbezirke gelegenen Hauptguts, welche in dem Hypothekenbuche des Amtsbezirks, in dem sie gelegen sind, nur ein sog. Schutzfolium erhalten [3]. Bei der Anlegung des Hypothekenbuchs werden innerhalb des Bezirks entsprechende örtliche Abtheilungen gemacht, auf dem Lande nach Gemeinden, Steuerdistrikten, Dörfern oder Flurmarkungen, in den Städten nach Stadtvierteln und Vorstädten [4]. Innerhalb dieser kleineren Abtheilungen erfolgt die Anlegung nach Objekten in einer den Verhältnissen entsprechenden Reihenfolge z. B. in den Städten nach Straßen, in diesen nach Nummern [5]. Jede örtliche Abtheilung erhält so viele Bände, als nach dem Ermessen des Gerichts erforderlich sind; jeder Band

---

[71] § 12 R.G.B.O. mit § 839 B.G.B., dazu s. D. S. z. R.G.B.O. S. 33, 34.

[1] Die nachfolgende Darstellung gibt nur die für die Buchführung geltenden Rechtssätze; über das Technische bezüglich des geltenden bayrischen Rechtes ist zu vergleichen Lehner, Lehrbuch der H.A.Ordnung Sulzbach 1840; Regelsberger §§ 13 ff.; Becher § 98 ff.; Wagner § 21 ff.; Keidel, Hypothekenbucheinträge; Gebhard a. a. O.

[2] Es erstreckt sich dieß auch auf nutzbare Rechte, insofern sie der Gegenstand selbstständiger Hypothekbestellung sein können; für verpfändbare Gewerbsrechte können besondere Bücher angelegt werden Lehner, H.A.O. § 39, a.

[3] Vgl. unten § 200, 25 und 32.

[4] Instruktion § 5.

[5] Jedoch läßt sich die Anlage in topographischer Reihenfolge nicht allgemein durchführen.

ein besonderes Titelblatt [6] und ein doppeltes, nach Gütern und Besitzern alphabetisch geordnetes Register [7]. In jedem Bande erhält jedes nach der Eintheilung dahin gehörende selbstständige Hypothekenobjekt eine besondere mit einer Nummer versehene Abtheilung (Folium) [8]; die Anlegung eines Foliums ist indessen nach bayrischem Rechte fakultativ, sie erfolgt nur auf besondere Veranlassung [9], als welche der Antrag des Eigenthümers oder die Anmeldung von Rechten, die nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch sicher gestellt werden können, nämlich einer Forderung oder einer die Bestellung von Hypotheken hindernde Dispositionsbeschränkung anzusehen ist [10]. Jedes Folium hat zur Vornahme der Einträge drei aufeinanderfolgende, durch Querlinien abgetheilte Rubriken, von denen die erste nur mit der Nummer des Foliums bezeichnet wird, während die zweite die Ueberschrift: „Besitzer, Besitztitel und Beschränkungen", die dritte die Ueberschrift: „Hypotheken, deren Cessionen und Löschungen" trägt [11]. Jede Rubrik hat drei parallellaufende Columnen, deren erste für die fortlaufende Nummer, die zweite für den Eintrag, die dritte für Anmerkungen bestimmt ist. Die dritte Rubrik hat noch eine Zwischenkolumne zur Aufnahme der Ziffern der Hypotheksummen.

I. Erste Rubrik. Diese dient zur Einschreibung der Sache, worauf Hypotheken eingetragen werden können, nebst den darauf haf-

---

[6] Instruktion § 6.

[7] H.G. § 128; § 6 Abs. 2 Instr. z. H.G.; Personenregister: M.E. v. 20. Aug. 1863 (85); 21. Febr. 1863; 8. Febr, 1855; 15. Aug. 1864; 4. Nov. 1865. Ueber die Einrichtung der Sachregister s. Lotz, Bl. XIV. 33; LIII. 225; Regelsberger § 13, III.; Becher § 107; M. E. v. 30. Jan. 1857; 12. Nov. 1863; 19. Nov. 1863; 17. Okt. 1868; 23. Dez. 1877; 24. Jan. 1878; 12. Febr. 1897 (Vereinigung der beiden Register in einem Einband ist nunmehr untersagt).

[8] H.G. § 120.

[9] H.G. § 120. Einf.Ges. § 3.

[10] Novelle 10/2 24 § IV. bei Jungermann, Hdb. 94 Nr. 3. Dagegen ist die Anmeldung des Lehenverbandes und einer Reallast keine Veranlassung zur Anlegung eines Foliums, weil diese, wenn noch kein Folium besteht, durch die Anmeldung hinreichend gesichert sind Instruktion § 12. I. 2. Der Antrag des Eigenthümers ist für sich ein genügender Grund der Eröffnung eines Foliums A.E. 14/2 60 Z.A.B. III. 188; Samml. IX. 145, 265; Bl. XLVI. 315. — Vgl. auch Becher § 99 II.; Regelsberger § 12, I.

[11] Lehner, H.A.O. § 42, 3; Regelsberger § 14 ff.; Becher § 99 E, § 100; Wagner § 23 ff. Nach Anleitung des H.G. werden diese Rubriken als Rubrik I. II. III. unterschieden.

tenden besonderen Reallasten. Es kommen daher hier zum Vortrage:

1. Der Name der Sache mit ihrer näheren Bezeichnung und der allgemeinen Aufführung der einzelnen Bestandtheile. Nach Vollendung des allgemeinen Steuerkatasters genügt die Verweisung auf diesen [12], während nach früherem Rechte in Ermangelung der Aufnahme in den Steuerkataster auch auf andere Hilfsmittel, namentlich Saal- und Lagerbücher, verwiesen werden konnte oder auch nur beiläufige Angaben gemacht wurden [13]. Besteht die Sache aus einem Gutscomplexe, so genügt die allgemeine Angabe und Hinweisung auf die erwähnten Urkunden; ist sie aber aus mehreren einzelnen unter einem Rechtstitel erworbenen Grundstücken und Rechten zusammengesetzt, so müssen diese einzeln eingetragen werden [14]. Ebenso werden hier die beweglichen und unbeweglichen Pertinenzen, die sich zur Eintragung eignen, vorgetragen [15]. In der Praxis werden jeweils die einzelnen Plannummern mit Flächenbezeichnungen vorgetragen und soll hiebei möglichste Uebereinstim-

---

[12] H.G. § 130, 4: „Die einzelnen Bestandtheile eines Gutscomplexes, die Gült- und Grundzinsleistungen unter der zum § 22 Nummer 5 bemerkten Beschränkung, werden nicht verzeichnet, sondern hinsichtlich derselben ist im Hypothekenbuche bloß mit Angabe des Steuerdistrikts auf das Steuerkataster zu verweisen, dessen Einsicht den Betheiligten von dem einschlägigen Rentamte gestattet werden soll." Der Grundsteuerkataster hat für die dort eingetragenen aus dem getheilten Eigenthum und der Zehntpflicht herrührenden Belastungen die Bedeutung eines Saal- und Lagerbuchs, Ges. 15/8 28, 19. Mai 1881 § 95 vgl. Kumpf der § 95 des Bayrischen Grundsteuergesetzes Ansbach 1846; Seuffert, Comment. III. 153; Bl. XIV. 224; XXII. 381; XXVIII. 54. Durch die Aufhebung des Grundbarkeitsverhältnisses und die damit in Verbindung stehenden Fixirungen und Ablösungen ist dieß nun sehr vereinfacht vgl. Graf, Comment. III. 158.

[13] H.G. § 130, 4; Gönner, Comment. II. 188; Graf, Comment. III. 158.

[14] Instruktion § 12, 3.

[15] H.G. § 130 Nr. 5 und 6. Vgl. § 115, 29, 35 und 49. Es gehören dahin nur die durch Privatdisposition als Pertinenzen erklärten beweglichen Sachen, dann die unbeweglichen Pertinenzen, gesetzliche und gewillkürte. Haben sie im Hypothekenbuch eine besondere Nummer oder ein eigenes Folium oder liegen sie unter einer andern Gerichtsbarkeit, so muß dieß auf dem Folium der Hauptsache besonders angemerkt werden. Auch auf dem gesonderten Folium ist das Pertinenzverhältniß entsprechend zu vermerken. — Bezüglich beweglicher Zubehörungen vgl. Samml. IV. 276; IX. 528; XI. 692; VIII. 586; Bl. XI. 315, XXXVI. 366; d. Not.Zeit. 1881 S. 137.

mung zwischen Hypothekenbuch und Grundsteuerkataster angestrebt werden [16].

2. Der Lehenverband [17], in welchem das Objekt steht, dann die Eigenschaft als Bestandtheil eines Familienfideicommisses [18] und eines landwirthschaftlichen Erbgutes [19].

3. Der Werth der Sache. Dieser wird nur auf Verlangen oder mit Zustimmung des Eigenthümers aufgeführt, außer wenn Hypotheken aus gesetzlichem Rechtstitel eingetragen werden sollen, in welchem Falle dem Gläubiger ein Anspruch auf Bestimmung und Eintragung des Werthes zusteht. Die Werthsermittlung erfolgt zunächst durch Berechnung nach der Steueranlage, außerdem nach unverdächtigen Kauf- und Pachtcontrakten, Wirthschaftsrechnungen, Gutsanschlägen oder nach einer vom Eigenthümer veranlaßten gerichtlichen Schätzung Sachverständiger [20].

4. Bei Gebäuden. Die Aufnahme des Eigenthümers in die allgemeine Brandversicherungsgesellschaft, wo diese erfolgt ist [21], mit Aufführung des Brandversicherungscapitals [22].

5. Die auf einem speciellen Titel beruhenden Reallasten [23], d. h. die dauernden wiederkehrenden Leistungen an Geld oder Naturalien, welche auf einem Privatrechtstitel beruhen, also mit Ausschluß der durch Gesetz oder Ortsgewohnheit begründeten [24] und

---

[16] Vgl hierüber Becher, § 100 A II. und die das. Nt. 5 cit. M.E. und sonstigen Angaben, auch Wagner § 24.

[17] H.G. § 131. Eine vollständige Beseitigung des Lehensverbandes ist in Bayern durch das Gesetz 4|6 48 über Ablösung des Lehensverbandes noch nicht durchgeführt, dieser ist also in einzelnen Fällen immer noch in Betracht zu ziehen; dagegen ist der H.G. § 131 aufgeführte Grundbarkeitsverband durch das Grundlastenablösungsgesetz 4|6 48 Art. 16 und 17 vollständig aufgehoben, und kann auch vertragsmäßig nicht wieder begründet werden.

[18] H.G. § 131.

[19] Erbgütergesetz 22|2 55 Art. 3 Nr. 3.

[20] H.G. § 132. Ueber das Verfahren vgl. Lehner, H.A.O. § 141—149. Graf, Comment. III. 158. Zink, Commentar z. Not.Ges. Nachtrag S. 23. Becher § 100 Nt. 10. Das. auch über die civilrechtliche Haftung der Schätzleute.

[21] Ueber die Verpflichtung dazu vgl. unten § 208 Ziff. IV.

[22] H.G. § 132. Brandvers.Ges. v. 3. April 1875. Lehner, H.A.O. § 47, 3. Becher § 100 Nt. 11; Regelsberger § 16 Nt. 12.

[23] § 135 Abs. 1, § 22 Nr. 5 H.G.; §§ 16, 17 Instr. z. H.G. Realdienstbarkeiten werden nicht aufgeführt H.G. § 22, 5; Bl. XXXII. 136 Regelsberger § 16 Nt. 22; vgl. oben § 178, Nt. 46.

[24] Daher werden Steuern und Communallasten nicht eingetragen Lehner,

der auf bloß persönlicher Verbindlichkeit beruhenden[25], ferner mit Ausnahme der Grundgefälle des Staates und der Ablösungskasse und der an deren Stelle getretenen Leistungen[26]. Es erstreckt sich dieß namentlich auf die aus dem aufgehobenen gutsherrlichen Verbande herrührenden fixen und fixirten Abgaben, die in Folge der Ablösung sie surrogirenden Bodenzinscapitalien[27] und Bodenzinse[28] anderer Berechtigter als des Staates und der Ablösungskasse, jährliche Leistungen an Kirchen, Schulen und Stiftungen, soweit sie auf einem Privatrechtstitel beruhen[29], Forstberechtigungen, welche die Natur der Reallasten haben[30], die Beitragspflicht der in einer Bewässerungsgenossenschaft befindlichen Grundstücke[31], die Jahresabgaben für abgelöste Weide- und Forstrechte[32], die als Reallast radicirte kirchliche Baupflicht[33], das Ewiggeld der Stadt München[34]. Die Eintragung der Reallasten erfolgt indessen nur zur Wahrung des Vorzugsrechts gegenüber den Hypothekgläubigern und ist für ihren Rechtsbestand nicht entscheidend[35].

H.A.O. § 53, 3. Von diesem Standpunkt aus hätte sich auch die Belastung mit der Zehntpflicht nicht zur Eintragung geeignet; für diese war jedoch eine Ausnahme gemacht, und die Eintragung allgemein vorgeschrieben H.G. § 22, 5, Instruktion § 17; Lehner, H.A.O. § 56—59.

[25] Daher wurden Gegenleistungen der Gutsherrschaften und Ausgaben für das Dienstpersonal nicht eingetragen. Instruktion § 16 Nr. 1 und 2. Bl. XXVII. 300.

[26] § 22 Nr. 5 mit Art. 1 Hyp.Nov. v. 29. Mai 1886; Näheres hiezu und zum Folgenden s. bei Henle, Comm. z. Hyp.Nov. S. 3—8, 27, 28; Regelsberger § 16 B, 2; Becher § 99 B IV., § 100 A III., 2.

[27] Ablösungsgesetz Art. 29. Vgl. oben § 189, Nt. 17 ff.

[28] Einf.Ges. zum H.G. § 7. Vgl. oben § 189, Nt. 17 ff.

[29] Instruktion § 16 Nr. 3.

[30] Vgl. oben § 189, B Nt. 1 ff.

[31] Bewässerungsgesetz 28|5 52 Art. 14; Graf, Comment. III. 40; vgl. oben § 189, Nt. 25.

[32] Vgl. oben § 189, Nt. 26, 27.

[33] Ges. 28|5 52 Art. 8; vgl. oben § 189, Nt. 28, 200 ff.

[34] H.G. § 135, Einf.Ges. § 7; vgl. oben § 189, Nt. 17a ff.

[35] Einf.Ges. § 7: „Werden die auf speziellen Rechtstiteln beruhenden Reallasten, welche nach § 22 Nr. 5 des H.G. eingetragen werden müssen, bei dem Hypothekenamt nicht angemeldet, so hat diese Unterlassung keine andere Folge, als daß die Reallast den inzwischen eingetragenen Hypotheken auf den Fall nachstehen muß, wenn wegen derselben die Sache um einen geringeren Preis verkauft und dadurch eine Hypothekforderung nicht befriedigt wird." Vgl. oben § 185, Nt. 24.

Die in Vorstehendem aufgeführten Einträge werden in der Hauptcolumne als ganzes gemacht, ohne im einzelnen durch fortlaufende Nummern unterschieden zu werden [36]. Dagegen werden alle Veränderungen, welche sich an den hier aufgeführten Einträgen ergeben und gleichfalls der Eintragung bedürfen, unter fortlaufenden Nummern aufgeführt [37]. Dahin gehört namentlich die Abtrennung von Bestandtheilen oder Pertinenzen, die Vereinigung von neuen Bestandtheilen oder Pertinenzen mit dem Objekt und die damit eintretende Aenderung in dem angegebenen Werthe [38], die Veränderungen in der Gutsqualität hinsichtlich des Lehenverbandes und der Fideicommiß- und Erbgutseigenschaft, die Aenderungen an den eingetragenen Reallasten und ihren Surrogaten [39].

II. Zweite Rubrik. Der Zweck dieser Rubrik ist Evidenthaltung der Dispositionsbefugnis des Eigenthümers hinsichtlich der für das Hypothekenbuch bestimmten Eintragungen. Soweit zu einer Eintragung auf das Folium die Zustimmung oder Benachrichtigung des Eigenthümers erforderlich ist, ist nur der in der II. Rubrik vorgetragene Eigenthümer und nur soweit legitimirt, als nicht aus dem Hypothekenbuch eine Beschränkung seiner Dispositionsbefugniß sich ergiebt. In diese Rubrik wird eingetragen:

1. Der Name des Besitzers unter Angabe seines Geschlechts- und Vornamens, seines Standes, Gewerbes und Wohnorts [40]. Miteigenthümer müssen in gleicher Weise mit genauer Bezeichnung jedes einzelnen aufgeführt werden [41]. Bezüglich der die gesetzliche

---

[36] Eine Ausnahme ist nur begründet, wenn auf einem Comulativfolium ein selbstständiger Hypothekgegenstand oder wenn Immobiliarpertinenzen zugeschrieben werden. Instr. z. H.G. § 27 Ziff. 5, § 34 Ziff. 4, § 19 Ziff. 7.

[37] Instruktion § 19, 7 c.

[38] H.G. § 133.

[39] Instruktion § 18.

[40] H.G. § 136; § 20 Ziff. 1 Instr. z. H.G. Ueber Eintragung von nondum concepti s. Bl. XLIX. 166; Samml. X. 364; d. Not.Zeit. 1885 S. 182, 230; 1882, S. 190; 1890 S. 153. Regelsberger § 18 Nt. 7. Die Firma eines Einzelkaufmanns darf nicht eingetragen werden: Regelsberger § 18 Nt. 7.

[41] Instruktion § 20, 2. „Eigentliche Miteigenthümer müssen mit ihren Namen auf dieselbe Art eingetragen werden, z. B.: Saueressig, Caspar, Bürger und Handelsmann, und Süssmilch, Cyprian, Bierwirth, beide zu N." Unter dem Ausdruck „eigentliches Miteigenthum" ist, wie oben § 137, 17 gezeigt, das Miteigenthum zu intellektuellen Theilen zu verstehen. Die Angabe des einzelnen Antheils ist nur erforderlich, wenn der einzelne Antheil gesondert

allgemeine Gütergemeinschaft begleitenden Beschränkungen einseitiger Disposition bestimmt das Hypothekengesetz die Eintragung der Namen beider Ehetheile da, wo eheliche Gütergemeinschaft mit der Wirkung des Gesammteigenthums hergebracht ist[42], und die Instruktion erläutert dieß dahin, es habe dieß, abgesehen von der speciellen Vorschrift einzelner Statuten, da zu geschehen, wo nach den bisherigen Partikulargesetzen und Gewohnheiten Veräußerungen und Hypothekirungen nur mit gesammter Hand erfolgen können und wo der Ehefrau das Recht der Reclamation zustehe[43]. Die Mehrzahl unserer Statuten enthält die eine oder andere Bestimmung[44], bringt also die Nothwendigkeit der Eintragung der Namen beider Ehegatten mit sich[45]. Dasselbe gilt für alle Fälle, wo die Gütergemeinschaft an Orten, wo sie nicht den gesetzlichen

---

verpfändet werden soll, vorausgesetzt, daß man dieß überhaupt für zuläßig erachtet; hierüber s. unten § 200, 27.

[42] H.G. § 136, 1. „... insbesondere an Orten, wo eheliche Gütergemeinschaft mit der Wirkung des Gesammteigenthums hergebracht ist, beider Ehetheile, nach den besonderen Gesetzen und Gewohnheiten." Wie oben § 137, 17 ausgeführt, verstehen Gönner und Lehner unter diesem Ausdrucke das Verhältniß, wo eine Berechtigung mehrerer vorliegt, ohne daß der einzelne über seinen intellektuellen Antheil verfügen kann.

[43] Instruktion § 20, 3. „Zum richtigen Vollzug dieser Bestimmung (H.G. § 136, 1) dienen nachstehende Vorschriften: Die Namen der beiden Ehetheile sind nur an denjenigen Orten einzutragen a) wo besondere Gesetze und Gewohnheiten dieses ohnehin schon gebieten; b) wo nach den bisherigen Partikulargesetzen und Gewohnheiten Veräußerungen und Hypothecirungen unbeweglicher Güter ohne Einwilligung beider Eheleute gültig nicht geschehen können; c) wo dergleichen Veräußerungen und Hypothekirungen vom Ehemann allein gültig zwar vorgenommen, aber auf gerichtliche Einsprache der Ehefrau Reclamatio uxoria) im Wege Rechtens wieder aufgelöst werden können."

[44] Verfügung mit gesammter Hand setzen voraus die Statuten der Stadt Kempten, Lindau, Nördlingen, Erbach, Fulda, Kaufbeuren, Eichstädt. Weißenburg, Hohenlohe, Nürnberg und bei der Hypothekerrichtung Bamberg § 77, II. 4[b] und das preußische Landrecht: oben § 77, II. 2, 3 und Nt. 53. Dagegen gewähren der Ehefrau nur das Recht der Reklamation die fränkische Landgerichtsordnung, das Schweinfurter Stadtrecht und die Casteller Landesverordnung oben § 77, II. 4[a].

[45] Ebenso Wagner § 25 Nt. 8. Theilweise a. M. Regelsberger § 17 Nt. 10; b. Not.Zeit. 1875 S. 178; Becher § 100 B II. 4, welche annehmen, daß die Eintragung der Gütergemeinschaft immer dann überflüssig sei, wenn dieser Güterstand an dem Orte, wo das Grundstück liegt, der herrschende ist.

Güterstand bildet, durch Vertrag eingeführt wird[46]. Dagegen ist da, wo bei allgemeiner Gütergemeinschaft dem Ehemanne die Disposition über das ganze Vermögen allein zusteht[47], die Eintragung des Namens beider Eheleute nicht erforderlich[48]. Steht das Objekt in dem Eigenthum einer juristischen Person[49] oder einer nach Außen als Ganzes auftretenden Gesellschaft, auch wenn ihr nicht juristische Persönlichkeit zukommen sollte[50], so wird die Bezeichnung derselben eingetragen.

Mit dem Namen des Eigenthümers wird immer eine kurze Angabe des Rechtstitels verbunden, kraft dessen er das Eigenthum der Sache erlangt hat[51]. Ebenso muß jede Veränderung, die sich in der Person des Eigenthümers ergiebt, mit Angabe des Titels und der Zeit der Veränderung eingetragen werden[52]. Dieß erfolgt bei vertragsmäßigen Veräußerungen auf Grund der vorgelegten Notariatsurkunden[53], beim Eigenthumsübergang in Folge Vergleichs in einer Civilprozeßsache auf Grund der von dem competenten Prozeßgerichte gepflogenen Verhandlung[54], bei Besitzveränderungen

[46] Gönner, Comment. II. 215. Regelsberger § 17 A 6, cc; Becher § 100 B II. 4. Vgl. unten § 201.

[47] Es gilt dieß nach den Statuten von Bayreuth, Dinkelsbühl, Öttingen Fürstenthum Kempten, Pappenheim und Windsheim. Vgl. oben § 77, II. 1.

[48] Vgl. unten § 201 lit. B Ziff. I. 2.

[49] Vgl. hiezu oben §§ 34—48 über die einzelnen juristischen Personen.

[50] Hieher gehören insbesondere die Handelsgesellschaften des Handelsgesetzbuchs, die eingetragenen Genossenschaften, die Berggewerkschaften, die anerkannten Vereine u. s. w., bei denen die juristische Persönlichkeit theils anerkannt, theilweise bestritten ist. Vgl. Regelsberger § 17 A 3; Becher § 100 B II. 1 b.

[51] H.G. § 136, 2. Instruktion § 21. — Bei Einschreibung von Pertinenzen ist die Angabe des Erwerbstitels nicht erforderlich: Samml. VIII. 588. — Eine vielumstrittene Frage ist die, ob bei der Neuanlage eines Hypothekfoliums der § 140 Hyp.Ges. in seiner vollen Strenge oder § 4 E.G. z. H.G. maßgebend ist; für die Anwendung des letzteren Samml. XII. 63, XIV. 283, XV. 345; Bl. L. 175. Dagegen und für strenge Anwendung des § 140 H.G. Bl. LV. 369; b. Not.Zeit. 1881 S. 381; 1891 S. 54; Ortenau, Henle, Comm. z. Subh.Ordn. 3. Aufl. S. 101; nunmehr auch Regelsberger 2. Aufl. § 84 Nr. 4; § 17 Nt. 16. — Ueber § 140 H.G. und Art. 21 Subh.Ordn. vgl. Bl. L. 145; Ortenau-Henle a. a. O. S. 90 Nt. 2; b. Not.Zeit. 1881 S. 168 ff.

[52] H.G. § 136, 3.

[53] Notar.Ges. Art. 14. Vgl. oben § 162.

[54] Vgl. oben § 162 Nt. 9.

in Folge Richterspruchs auf Grund des vorgelegten rechtskräftigen Erkenntnisses [55], bei Besitzveränderungen in Folge Erbrechts oder letztwilliger Verfügung auf Grund eines Erbschaftszeugnisses [56], bei Vertheilung von Gemeindegründen auf Grund der von den Distriktsverwaltungsbehörden ausgestellten Zeugnisse und Besitzatteste [57], in der Subhastation auf Grund vollstreckungsrichterlichen Ersuchsschreibens [58], im Falle gütlicher Einigung der Betheiligten über die Einigung einer Liegenschaft durch Vorlage des Einigungsprotokolls der Distriktsverwaltungsbehörde [59] u. s. w. [60]. Bei Auflösung der Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten muß die Personalveränderung eingetragen werden, wenn sie eine Aenderung des im Hypothekenbuch eingetragenen Besitzverhältnisses bewirkt [61]. Zweifellos ist dieß erforderlich nach denjenigen Statuten, welche dem überlebenden Ehegatten bei beerbter [62] oder unbeerbter [63] Ehe das Alleinerbrecht am ganzen Vermögen einräumen, sowie denjenigen, nach welchen der überlebende Ehegatte in fortgesetzter Gütergemeinschaft mit den Kindern verbleibt [64], da in dem ersteren Falle der überlebende Ehegatte den verstorbenen beerbt, in dem zweiten die Kinder als Erben in die Stelle des verstorbenen Ehegatten sofort eintreten. Dagegen scheint es mir für diejenigen Statuten nicht begründet, welche dem überlebenden Ehegatten ausdrücklich den Beisitz in den unabgetheilten Gütern lassen, also die Hinausschiebung

---

[55] H.G. § 142.

[56] H.G. § 141. Entschl. 2|6 55 Ztschr. f. G.G. II. 131. Graf, Comment. III. 178.

[57] J.M.E. 30|10 64 J.M.Bl. S. 250. Graf, Comment. III. 176; Becher § 55 zu Nt. 59.

[58] Art. 94, 95, 122 Subh.Ordn.

[59] Art. 55 A.G. z. R.C.P.O.; vgl. oben § 162, 10.

[60] Vgl. noch § 49 der Rechtsanwaltsordnung mit Art. 86 A.G. z. R.C.P.O.; Art. 36 des Flurbereinigungsges. v. 29. Mai 1886; Art. 73 des Wasserbenützungsges. v. 28. Mai 1852. Samml. II. 291; VI. 664; X. 35.

[61] J.M.R. 2|6 55 Ztschr. f. G.G. II. 131. Ueber das dabei zu beobachtende Verfahren vgl. J.M.R. 26|7 64 II. 8 J.M.Bl. 1864, 219.

[62] Es sind dieß die Statuten von Würzburg, Castell, Schweinfurt, Fulda, Eichstädt, Pappenheim, Windsheim, Weissenburg, Oettingen, Nördlingen und Kaufbeuren. Vgl. oben § 81.

[63] Bezüglich unbeerbter Ehe s. das Nähere oben §§ 79—86.

[64] Es sind dieß die Statuten von Bamberg, Erbach und Thurnau. Vgl. oben § 80.

der Theilung vorschreiben[65], weil hier nicht ein sofortiger Uebergang der einzelnen Bestandtheile des Vermögens des verstorbenen Ehegatten auf die Kinder als seine Erben eintritt, diese vielmehr nur einen Anspruch auf den aus der dereinstigen Abtheilung sich ergebenden Betrag haben[66].

2. Dispositionsbeschränkungen. An sich gilt jeder, der als Eigenthümer in das Hypothekenbuch eingetragen ist, als befugt, alle mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehende Verfügungen zu treffen[67]. Soweit die aus der Einschreibung im Hypothekenbuche sich ergebende Dispositionsbefugniß des Eigenthümers durch Rechte Dritter, also einen speciellen Titel beschränkt werden soll, muß daher die Dispositionsbeschränkung in das Hypothekenbuch besonders eingetragen werden[68]. Als solche specielle Titel der Dispositionsbeschränkung sind aufgeführt: Die persönlichen Dienstbarkeiten des Nießbrauchs, Gebrauchsrechts und Wohnungsrechts[69], die gemeine fideicommissarische Substitution[70], die auflösenden und aufschiebenden Bedingungen, unter denen Eigenthum am Hypothekgegenstande erworben wird, insbesondere der mit oder ohne Hypothekbestellung

---

[65] Es sind dieß die Statuten von Bayreuth, Nürnberg, Hohenlohe, Dinkelsbühl, Fürstenthum und Stadt Kempten und Lindau. Vgl. oben § 79, II. 1

[66] Es darf dieß für die Statuten dieses Systems als Regel aufgestellt werden; eine Ausnahme macht das Recht der Stadt Kempten und Lindau, nach welchem der überlebende Ehegatte während des Beisitzes kein Dispositionsrecht hat: oben § 77 Nt. 10.

[67] H.G. § 26, 1. Vgl. unten § 198, 23 f.

[68] H.G. § 136, 4: „In die zweite Rubrik ist einzutragen . . . . 4) dasjenige, was die freie Befugniß des Besitzers über die Sache zu verfügen aus speciellen Rechtstiteln beschränkt . . . .“ Dispositionsbeschränkungen, welche auf allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen beruhen, wie die Handlungsunfähigkeit unter Curatel stehender Personen und der Ehefrauen werden hier nicht vorgetragen. Gönner, Comment. II. 229. Graf, Comment. III. 44. Regelsberger § 17 Nt. 26; Becher § 100 Nt. 40; Ztschr. f. Not. 1868 S. 296. Zweifelhaft ist, ob Entmündigungen wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung einzutragen seien; vgl. hierüber verneinend Regelsberger und Becher a. a. O.; bejahend Gönner I. 303, 306, 316, 320, 321. Bl. III. 240; VIII. 92.

[69] H.G. § 5; bezüglich Wohnungsrechts Bl. XXV. 385. Vgl. unten § 201, 57.

[70] H.G. § 136, 4. Gönner, Comment. II. 233. Lehner, H.A.O. § 73; Becher § 100 Nt. 41; Bl. XLVIII. 240; Samml. XV. 213. Vgl. unten § 201, 52 f.

verbundene Eigenthumsvorbehalt [71], die gerichtlichen [72] und gesetzlichen Veräußerungsverbote [73], die mit Verpfändungsverboten verknüpften obligatorischen Veräußerungsbeschränkungen wie Rückkaufsrecht [74], Vorkaufsrecht [75] und das vertragsmäßige Verpfändungsverbot [76].

Jeder neue Vortrag in der zweiten Rubrik erhält eine fortlaufende arabische Ziffer; außerdem erhält der erste Eigenthümer wie jede Besitzveränderung eine fortlaufende römische Ziffer [77].

III. Dritte Rubrik. Diese dient zur Eintragung der Hypotheken und aller in der Person des Gläubigers und der Forderung vorgehenden Veränderungen. Es werden hier also aufgeführt:

1. Die Forderung, für welche Hypothek bestellt wird. Für diese ist wesentlich:

a. Der Betrag der Forderung in Reichswährung mit dem bedungenen Zinsfuße [78]. Regelmäßig muß die Forderung in einer bestimmten Summe ausgedrückt sein [79]; daher sollen Rechte und Forderungen, deren Betrag nicht an sich genau bestimmt ist, nach ihrem beiläufigen Betrag entweder durch Uebereinkunft oder richter-

---

[71] H.G. § 5. Vgl. unten § 201, 38 f.

[72] H.G. § 22, 7 § 136, 4 und § 73. Lehner, H.A.O. § 75. Art. 30, 33 Subh.Ordn., §§ 5, 6, 98, 106 R.K.O.; Art. 33 A.G. z. R.C.P.O.; § 817 R.C.P.O. Vgl. unten § 201, 22 f.

[73] Z. B. das für den Ehemann nach dem Güterrechte bestehende oder das durch einen partikulären Erbvertrag nach bayrischem Landrechte begründete Veräußerungsverbot; vgl. unten § 201 Ziff. 2.

[74] H.G. § 5. Instruktion § 25. Vgl. unten § 201, 47.

[75] Vgl. unten § 201 Nt. 54.

[76] § 44 Abs. 2 H.G.; § 23 Instr. z. H.G.; vgl. unten § 201 B Ziff. III.

[77] § 27 Instr. z. H.G.

[78] H.G. § 22, 8.

[79] H.G. § 11. „Die Eintragung in das Hypothekenbuch aber kann niemals anders, als für eine der Summe nach bestimmte Forderung auf bestimmte Immobilien geschehen." Bl. XIV. 192 nimmt an, daß die Bestimmung des Gesetzes dann keine Anwendung leide, wenn die Summe nicht bestimmt werden könne, und wendet dieß auf den Fall an, wo eine Hypothek für einen vom Gläubiger gewährten offenen Credit bestellt werde. Allein diese Auffassung widerspricht der unzweideutigen Vorschrift des Gesetzes und es ist daher durch J.M.E. 1|3 55 Z. f. G.G. und R.Pfl. II. 2 den Hypothekenämtern ein derartiges Verfahren ausdrücklich untersagt. Vgl. auch d. Not.Zeit. 1877 S. 10; Regelsberger § 18 Nt. 3.

liches Urtheil auf eine bestimmte Summe festgesetzt werden[80]; ausnahmsweise können Leistungen an Alimenten, Witthum, Altentheil in Geld, Naturalien und anderen Reichnissen und Wohnungsrechte, welche durch Hypothek versichert werden sollen, in einem beiläufigen Anschlag ihres jährlichen Betrags oder mit genauer Angabe, worin jene Leistungen bestehen, eingetragen werden[81].

b. Der Rechtstitel der Forderung mit der Zeit seiner Entstehung und mit Anführung der Urkunden, aus denen er sich ergiebt[82].

c. Die Bezeichnung der Person des Gläubigers mit Angabe seines Namens, Standes und Wohnorts[83]. Ob die Eintragung einer Inhaberforderung zulässig sei, war früher bestritten[84]; durch Gesetz v. 18. März 1896[85] ist diese Streitfrage im bejahenden Sinne entschieden. Bei Inhaberhypotheken ist die Zahl, Bezeichnung und der Betrag der Schuldverschreibungen, sowie die Bestellung des Treuhänders, bei mittelbaren Inhaberhypotheken neben dem Namen des ursprünglichen Gläubigers die diesem ertheilte Ermächtigung, Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben und die genaue Bezeichnung dieser Schuldverschreibungen einzuschreiben[86].

d. Die Angabe des Rangverhältnisses mit besonderer Anführung

---

[80] H.G. § 19. Dahin gehört die sog. Cautionshypothek vgl. über diese Heyne, Erörterungen 95 f., Regelsberger in Bl. XXXVI. 129 f.; Hyp.R. § 43; Becher § 119, III.

[81] Instruktion § 28 Nr. 5. Bl. IX. 191, XXXIX. 158; XLVI. 20; Regelsberger § 18 Nt. 3; Arnold in Bl. XVIII. 193; Sammlg. IV. 450; VI. 556; VIII. 528; XI. 602.

[82] H.G. § 145. 2. Instruktion § 28. I. 2. Die Frage, ob die Angabe des Rechtsgrundes der Forderung wesentlich sei, ist strittig; vgl. hierüber Becher § 100 Nt. 58; Regelsberger § 18 A, 2 Nt. 5. Das Wort „Capital" allein genügt nicht: Becher § 100 Nt. 58; Regelsberger § 18 Nt. 6; A. M. Gönner II. 252; jedoch auch II. 315.

[83] H.G. § 145. „Bei jeder Forderung . . . . sind einzutragen: 3. Der Vor- und Geschlechtsname, Stand und Wohnort des Gläubigers." Instruktion § 28. I. 2: „Der Eintrag einer Hypothek muß in sich enthalten . . . die genaue Bezeichnung der Person des Gläubigers."

[84] Vgl. hierüber Becher § 119 Nt. 7; Regelsberger § 42 Ziff. 6; Ortenau-Henle, Comm. z. Subh.Ordn. 3. Aufl. S. 336 Nt. 3.

[85] G.V.Bl. S. 179.

[86] Art. 22 Abs. 1 des Ges. v. 18. März 1896.

des Rangvorbehalts[87], der Ranggleichheit mehrerer Hypotheken[88] und der Rangeinräumung durch einen anderen Gläubiger[89].

e. Die solidarische Mithaftung anderer Hypothekenobjekte[90].

f. Auf Verlangen des Gläubigers oder Schuldners wird auch die über die Aufkündung und Zurückzahlung getroffene Vereinbarung eingetragen[91].

2. Veränderungen, die sich hinsichtlich der eingetragenen Forderung ergeben. Dahin ist zu rechnen: gänzliche oder theilweise Löschung der Hypothek[92]; Theilung einer Forderung in mehrere selbstständige Forderungen[93]; Rangausweichung eines älteren Hypothekengläubigers zu Gunsten eines jüngeren[94]; die Hypothekerneuerung[95].

3. Veränderungen in der Person des Gläubigers, nämlich: Uebergang der Forderung auf einen Erben oder Legatar[96] und Cession der Hypothekenforderung an einen anderen Gläubiger[97].

4. Dispositionsbeschränkungen des Gläubigers bezüglich der

---

[87] H.G. § 23, 2 und § 150. Instruktion § 28 I. 10 d. Not.Zeit. 1874 S. 184. Vgl. unten § 219, 12.

[88] H.G. § 23, 2. Instruktion § 28 Nr. 11. Vgl. unten § 219, 11.

[89] H G. § 62. Instruktion § 28 Nr. 9 Bl. XXVI. 87. Vgl. unten § 214 Ziff. I. 2.

[90] H.G. § 147. Instruktion § 28 Nr. 15 Gönner II. 264—268. Vgl. unten § 223.

[91] Instruktion § 28 Nr. 28. Darüber, ob die Nichteintragung den Folgen des Oeffentlichkeitsprinzips unterliegt, herrscht Streit. Vgl. Regelsberger § 18 Nt. 14; Becher § 111 Nt. 53.

[92] H.G. § 158—166. Instruktion § 33. Vgl. unten § 196. Die Löschung aller Forderungen in der III. Rubrik bewirkt nicht eine gänzliche Aufhebung des Foliums, außer wenn der Eigenthümer dieß selbst verlangt. Bl. XXXIV. 198 Erg.Bd. II. 379; Becher § 99 B VI. J.M.Bl. 1869 S. 151.

[93] H.G. § 154. Instruktion § 29. 3. Vgl. unten § 214, 20.

[94] H.G. § 62. Instruktion § 28, 11. Vgl. unten § 214, 3 ff.

[95] § 84 H.G., § 29 Ziff. 2 Instr. z. H.G.; Bl. XXIII. 327; Becher § 100 Nt. 76.

[96] H.G. § 153.

[97] H.G. § 26, 6 und § 53. Instruktion § 29, 1. Hier ist die Eintragung des Namens des Cessionars nicht vorgeschrieben und es war daher schon Gönner, Comment. II. 282 der Meinung, daß die Cession auf den Inhaber unbeanstandet eingetragen werden könne. Vgl. auch Bl. XI. 1; XVI. 367, Arnold, Einklagung der Hypothekzinsen § 26, 2, Graf, Comment. III. 45. Becher § 134 Ziff. I. 8; Regelsberger § 88 Ziff. 5. Durch Ges. v. 18. März 1896 ist die Zuläßigkeit einer mittelbaren Inhaberhypothek außer Zweifel gestellt; vgl. Regelsberger § 42 a.

Forderung auf Grund Rechtsgeschäfts oder richterlicher Verfügung, nämlich: zwangsweise Pfändung [98]; Verpfändung der Hypothekenforderung durch den Gläubiger [99]; sonstige Beschränkungen der Dispositionsbefugniß des Gläubigers, welche entweder mit dem Rechtstitel selbst gegeben sein oder auf besonderer Festsetzung beruhen können [100].

Jede Einschreibung in der dritten Rubrik erhält eine fortlaufende arabische Ziffer; jede Einschreibung einer neuen definitiven oder vorzumerkenden Hypothek außerdem eine fortlaufende römische Ziffer [101].

B. Die Grundbuchführung nach B.G.B. und der R.Gr.B.O.

I. Nach dem preußischen E.G. 5/5 1872 und der preußischen Gr.B.O. 5/5 1872 [102] wird das Grundbuch nach Realfolien (Formular I. III) oder Personalfolien (Formular II) geführt. Bei Führung nach Realfolien wird für alle in dem Amtsbezirke gelegenen selbstständigen Grundstücke [103], dann Bergwerke und selbstständige Gerechtigkeiten [104] ein Grundbuchblatt angelegt, so daß die Grundbuchblätter sich nach der Reihenfolge der selbstständigen Grundstücke folgen; auf Antrag des Eigenthümers können jedoch alle demselben Eigenthümer im Bezirke des Grundbuchamts zustehenden Grundstücke

---

[98] H.G. § 156. §§ 730, 731, 810, 814, 815, 819 R.C.P.O.; Art 125 A.G. z. R C.P.O. §§ 325, 326, 332, 480 R.St.P.O. Vgl. unten § 214, 1; 216, 3.

[99] H.G. § 53. Instruktion § 32. Vgl. unten § 214, 1; 218.

[100] Gönner, Comment. II. 284. Vgl. unten § 214, 1. Dahin gehört namentlich die Vinkulirung der Forderung für eine Caution (Heirathscaution). Allgemeine persönliche Eigenschaften der Hypothekgläubiger, welche auf ihre Dispositionsbefugniß Einfluß haben, sind darunter nicht begriffen. Bl. III. 240; Regelsberger § 18 B 1, c; Becher § 100 Nr. 75.

[101] § 34 Ziff. 5 Instr. z. H.G.

[102] Ueber die Grundbuchverfassung des Preußischen Rechtes vgl. Dernburg-Hinrichs, H.R. § 9. Die Pr. Gr.B.O. hat die äußere Einrichtung der Hypothekenbücher der H.O. von 1783 mit den bezüglich der Personalfolien geltenden Modifikationen beibehalten.

[103] Gr.B.O. § 1. Für Grundstücke des Staates, der Kirchen, Klöster, Schulen und Gemeinden, dann Eisenbahnen und öffentliche Wege wird ein Folium nur im Falle der Veräußerung oder Belastung oder auf Antrag angelegt Gr.B.O. § 2; vgl. Dernburg-Hinrichs § 16 Nr. 3.

[104] E.E.G. § 68. 69; Gr.B.O. § 9; Dernburg-Hinrichs § 16 Nr. 1. 2.

und Gutscomplexe auf einem Grundbuchblatte vereinigt werden[105]. Das Grundbuchblatt besteht aus einem Titel und drei Abtheilungen. Der Titel enthält in zwei Spalten die Gutsbeschreibung und die Abschreibungen[106]. Die erste Abtheilung wird in drei Spalten geführt. In Spalte 1 wird eingetragen der Eigenthümer, in Spalte 2 das Datum der Auflassung und Eintragung, die Vermerke über Zuschreibungen und auf Antrag des Eigenthümers der Erwerbsgrund, in Spalte 3 auf Antrag des Eigenthümers der Erwerbspreis, die Schätzung des Werthes und die Feuerversicherungssumme[107]. Abtheilung 2 wird in drei Spalten geführt. In Spalte 1 werden eingetragen dauernde Lasten und wiederkehrende Geld- und Naturalleistungen, die auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, dann die Beschränkungen des Eigenthums- und Verfügungsrechts; in Spalte 2 die Veränderungen und in Spalte 3 die Löschungen an den Einträgen in Spalte 1[108]. Die Abtheilung 3 wird in 3 Hauptspalten geführt. In Spalte 1 werden die Hypotheken- und Grundschulden, in Spalte 2 die Veränderungen und in Spalte 3 die Löschungen eingetragen[109].

Nach Ermessen des Grundbuchamts kann jedoch das Grundbuch auch nach Personalfolien geführt werden (Formular II). Hiernach erhält jeder Eigenthümer einen Artikel, unter welchem sämmtliche ihm zugehörige Grundstücke, ihre Steuerverhältnisse, ihre dinglichen Belastungen und deren Veränderungen eingetragen werden. Die Artikel bestehen aus einem Titel und drei Abtheilungen. In dem Titel steht der Name des Eigenthümers. In Abtheilung 1 stehen die einzelnen Grundstücke nach fortlaufenden Nummern eingetragen mit Beschreibung, Angabe des Reinertrags, Zeit und Grund des Erwerbs, des Erwerbspreises, des Werthes und der Versicherungssumme sowie der Abschreibungen. Die Abtheilungen 2 und 3 werden wie bei Formular I geführt[110].

Mit den Preußischen Grundbuchgesetzen stimmen die Grundbuchgesetze von Oldenburg mit Fürstenthum Lübeck, Braunschweig,

---

105 Gr.B.O. § 13; Ausführungsverfügung 2|9 1872 § 4.
106 Gr.B.O. § 8. 9; Dernburg, P. P.R. 1. § 194.
107 Gr.G.O. § 10; Dernburg, P. P.R. 1. § 196 Nr. 1.
108 Gr.B.O. § 11; Dernburg, P. P.R. 1. § 196 Nr. 2.
109 Gr.B.O. § 12. 13; Dernburg, P. P.R. 1. § 196 Nr. 3.
110 Gr.B.O. § 6, 14—16, 62; Dernburg, P. P.R. I. § 195, 5.

Coburg-Gotha, Sondershausen, Lippe-Detmold und Lippe-Schaumburg in der Hauptsache überein, so daß die Preußischen Grundbuchgesetze als in diesen Rechtsgebieten eingeführt angesehen werden können [111].

II. **Die R.G.B.O.** [112] **hat prinzipiell das System der Realfolien angenommen und das System der Personalfolien nur als Ausnahme zugelassen** [113]**; sie schließt sich hinsichtlich der Buchführung in den wesentlichsten Punkten der preußischen Gr.B.O. an.**

Für den Bezirk eines jeden Grundbuchamts wird ein Grundbuch eingerichtet, das aus mehreren Bänden bestehen kann [114]**. In diesem Grundbuch erhält jedes im Bezirke des Grundbuchamts gelegene, selbständige** [115]**, buchungspflichtige** [116] **Grundstück (System der Realfolien) sofort bei Anlage des Grundbuchs von Amtswegen, jedes Erbbaurecht, Erbpachtrecht, jedes veräußerliche und vererbliche Recht zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Materials auf Antrag und nur, wenn es veräußert oder belastet werden soll, von Amtswegen eine besondere, möglicherweise über mehrere Seiten oder einen ganzen Band sich erstreckende Stelle, das sog. Grundbuchblatt, auf welchem die Bezeichnung des Grundstücks nach der im amtlichen Nummern- oder Buchstabenverzeichniß angenommenen Bezeichnung zu erfolgen hat** [117]**. Mehrere im nämlichen Bezirke gelegene Grundstücke desselben Eigenthümers dürfen nur dann ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt erhalten (System der Personalfolien)** [118]**, ein**

[111] Vgl. Roth, D. Pr.R. § 220, 10.

[112] Vgl. zum Folgenden besonders Gebhard S. 152 ff.

[113] §§ 3, 4 R.G.B.O. D. S. S. 26, 27; R.T.Comm.Ber. zu § 4: „Der vollkommenste Zustand sei das Realfolium, weil es die größte Uebersichtlichkeit verbürge. Mit Rücksicht auf die Gegenden mit zersplittertem Grundbesitz mußten aber auch Personalfolien zugelassen werden, soweit davon Verwirrung nicht zu besorgen sei." Vgl. zum Folgenden schon oben § 162a, 36 ff.

[114] § 2 I R.G.B.O.

[115] Vgl. dazu die Vorschrift des § 890 I B.G.B. und oben § 128 Nt. 15.

[116] Die nichtbuchungspflichtigen Grundstücke enthält § 90 R.G.B.O. Vgl. dazu oben § 162a, 36.

[117] § 2 II, § 3, 7, 84, 89 II R.G.B.O.; Art. 63, 68 E.G. z. B.G.B.

[118] § 4 R.G.B.O. Freilich kann durch landesherrliche Verordnung be-

Grundstück dem andern nur dann als Bestandtheil zugeschrieben oder mit ihm vereinigt werden, wenn hievon Verwirrung nicht zu besorgen ist [119]. Anderseits muß immer die Abschreibung erfolgen, sobald nur ein Grundstückstheil (nicht =antheil) mit einem Rechte belastet werden soll; nur bei Belastung mit Dienstbarkeiten und Reallasten kann hievon Umgang genommen werden, wenn hieraus Verwirrung nicht zu besorgen ist [120].

Gegenüber dem Grundsatze, daß für den Bezirk eines jeden Grundbuchamts ein Grundbuch anzulegen ist, sind zwei Ausnahmen zugelassen. Es kann nämlich durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden:

1. daß für gewisse Gattungen von Grundstücken besondere, nicht für Bezirke eingerichtete Grundbücher geführt werden [121];

2. daß ein bisher geführtes Buch (z. B. das Hypothekenbuch) oder mehrere bisher geführte Bücher (z. B. das Hypothekenbuch, das Grundbuch der Stadt München und das Sachregister) für sich allein oder zusammen mit einem neuen Buche oder mehreren neuen Büchern als Grundbuch gelten sollen. Diese Bestimmung ist sogar dann zulässig, wenn für Grundstücke, die nicht denselben Eigenthümer haben, ein gemeinschaftliches Blatt besteht, jedoch bloß unter dem Vorbehalte, daß von der Durchführung dieser Bestimmung Verwirrung nicht zu besorgen ist. Werden in dieser Weise mehrere Bücher als Grundbuch geführt, so muß jedes Grundstück mindestens in einem der Bücher (z. B. im Sachregister) eine besondere Stelle haben; an dieser Stelle ist auf die in den anderen Büchern befindlichen Eintragungen zu ver-

---

stimmt werden, daß ein Personalfolium auch dann angelegt werden darf, wenn die Grundstücke in verschiedenen Grundbuchamtsbezirken gelegen sind: § 86 R.G.B.O.

[119] § 5 R.G.B.O. Dazu s. § 890 B.G.B. und oben § 128 Nt. 15. Nach Art. 119 Ziff. 3 E.G. z. B.G.B. kann die Vereinigung und Zuschreibung landesgesetzlich untersagt oder beschränkt werden. Liegen die Grundstücke in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter, so entscheidet die Zuständigkeit die Landesgesetzgebung. D. S. S. 28.

[120] § 6 R.G.B.O.

[121] § 85 R.G.B.O.

weisen. Das Buch, in welchem diese Stelle sich befindet, ist das Hauptbuch, auch wenn es bisher z. B. als Sachregister nur ein Nebenbuch gewesen ist. Die Stelle des Hauptbuchs und die Stellen, auf welche dort verwiesen wird, gelten zusammen als das Grundbuchblatt des Grundstücks [122].

Die Eintheilung in Grundbuchbezirke und damit die örtliche Zuständigkeit der Grundbuchämter, ihre sachliche Zuständigkeit, die nähere Einrichtung der Grundbücher, die Abtheilung des Grundbuchblattes, die Einrichtung des amtlichen Nummern- und Buchstabenverzeichnisses, die Bestimmungen über die Form der Entscheidungen des Grundbuchamts und deren Zustellung, über die Protokollirung der Anträge und Erklärungen vor dem Grundbuchamt, über die Form der Eintragungen in das Grundbuch und der Zeugnisse über die Eintragungen sind im Wesentlichen der Landesgesetzgebung überlassen, soweit nicht schon die R.G.B.O. Vorschriften darüber enthält [123]. Völlig der Regelung durch landesherrliche Verordnung ist unterstellt:

1. das Verfahren zum Zwecke der Eintragung von Grundstücken, die bei der Anlegung des Grundbuchs kein Blatt erhalten haben [124];

2. das Verfahren zum Zwecke der Wiederherstellung eines ganz oder theilweise zerstörten oder abhanden gekommenen Grundbuchs und der Ersatz der Eintragung bis zur Wiederherstellung des Grundbuchs [125];

---

[122] §§ 87, 88 R.G.B.O. D. S. S. 77; R.T.Comm.Ber. S. 139—141. In Bayern wird von diesen Vorschriften wohl nur für München Gebrauch gemacht werden müssen, bis es gelungen sein wird, die bestehenden Folien in einheitliche Grundbuchfolien umzulegen. Man sollte aber m. E. Mühe, Zeit und Kosten nicht scheuen, um baldmöglichst mit dem bestehenden Zustand aufzuräumen, wo neben dem Hypothekenbuche das Grundbuch existirt. Im Uebrigen kann das Hypothekenbuch als Grundbuch erklärt werden; die dinglichen Lasten mit Ausnahme der Hypotheken und Grundschulden können auch ausschließlich in die erste Rubrik verwiesen werden, wenn man nicht den oben § 193, 28 bezeichneten Weg wählen will. Vgl. hieher Münchn. Allg. Zeit. „über die Grundbuchordnung und ihre Einführung in Bayern" 1897 Nr. 259, 265, 275, 287 und besonders Nr. 294.

[123] Vgl. dazu § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 2, § 82 R.G.B.O. D. S. S. 74, 75.

[124] § 91 R.G.B.O. Vgl. dazu § 90 über die nichtbuchungspflichtigen Grundstücke.

[125] § 92 R.G.B.O.

3. das Grundbuchwesen insoweit, als nach dem E.G. zum B.G.B. zu Gunsten der Landesgesetzgebung oder der Hausverfassungen Vorbehalte bestehen [126].

Abschnitt 2.

I. Begriff des Pfandrechts an Immobilien.

§ 195.

I. Im Allgemeinen [1].

Der Begriff des Pfandrechts an Immobilien des Deutschen Rechtes ist in neuerer Zeit streitig geworden. Während die ältere Theorie, wie das Pfandrecht überhaupt [2], so auch das auf Grund der neueren Rechtsentwicklung besonders gestaltete Pfandrecht an Immobilien als dingliches Recht im Sinne des gemeinen Rechtes auffaßte, wonach dessen Begründung dem Gläubiger die Befugniß gibt, die Befriedigung seiner Forderung durch Verkauf des Pfandobjekts zu erwirken, geht eine neuere Ansicht dahin, die moderne Hypothek sei nicht ein dingliches Recht im Sinne des gemeinen Rechtes, sondern eine Realobligation, da sie ein Recht des Gläubigers auf Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück enthalte, das gegen seinen jeweiligen Eigenthümer geltend gemacht werden könne [3]. Diese Auffassung hat weder in der geschichtlichen Entwicklung einen Anhaltspunkt [4], noch entspricht sie den Bestim-

---

[126] § 83 R.G.B.O.; Abschn. 3 und 4 des E.G. z. B.G.B. Einschränkungen bestehen nur für das Erbpachtrecht und das Recht auf Gewinnung eines nicht den bergrechtlichen Vorschriften unterliegenden Minerals: § 84 R.G.B.O.

[1] Vgl. Stobbe, P.R. § 109; Dernburg, Pr. P.R. I. § 316; Förster Eccius § 190; Römer, Pf.R. § 2; Regelsberger, H.R. § 10; Meibom, H.R. § 4; Exner, H.R. § 1; Stobbe-Lehmann § 147.

[2] Vgl. oben § 191, III.

[3] Diese Ansicht, die von Meibom, Regelsberger, Stobbe, Stobbe-Lehmann, v. Gerber-Cosack, Buchka (die Hypothek des Eigenthümers S. 80 ff.), Brunner (Verh. d. XIX. d. Juristentages III. S. 14) und Dernburg (Pr. Hyp.R. II. S. 12, 258 ff.) getheilt wird (unten § 212) vergleicht die moderne Hypothek mit der Reallast, die ebenso von verschiedenen Schriftstellern als Realobligation construirt wird: Stobbe, P.R. § 100, 16; Meibom, H.R. § 5, 3; Stobbe-Lehmann § 138; vgl. oben S. 185.

[4] Die oben § 192 gegebene Darstellung läßt entnehmen, daß mit Reception des römischen Rechtes dessen Grundsätze im Ganzen angenommen wurden

mungen unserer Landesgesetze, da diese nicht nur die Dinglichkeit des Anspruchs aus der Hypothek anerkennen[5], sondern auch als Inhalt des Hypothekenrechts nicht einen gegen den Eigenthümer gerichteten Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme, sondern die Befugniß des Gläubigers bezeichnen, den Verkauf des Objekts zur Befriedigung seiner Forderung zu betreiben[6]. Auch das bayrische Hypothekengesetz weicht von diesem Standpunkte nicht ab[7]; es läßt durch die Hypothekenbestellung nicht eine Verpflichtung zur Zahlung, sondern eine Verpflichtung entstehen, zu dulden, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Hypothekenobjekte suche, was im Ganzen den Grundsätzen des römischen Rechtes entspricht. Dieß gilt jedenfalls für die accessorische Hypothek. Indessen ist es auch für die Grundschuld des Preußischen Rechtes nicht ausgeschlossen, insofern man auch für diese die Eigenschaft eines accessorischen Rechtes annimmt[8]. Dabei ist nach den Deutschen Hypothekenordnungen die dingliche Klage gegen die ursprünglichen Schuldner dieselbe wie die gegen den dritten Erwerber des Hypothekenobjekts[9].

Das B.G.B. hat die Hypothek und die Grundschuld in das Sachenrecht verwiesen. Sie sind nach der im B.G.B. gegebenen Begriffsbestimmung Belastungen eines Grundstücks, Rechte an einem Grundstücke derart, daß aus dem belasteten Grundstücke, sohin aus seinem im Wege der Zwangsvollstreckung zu erzielenden Ertrag oder Erlös an den Berechtigten eine bestimmte Geldsumme zu bezahlen ist[10].

---

und deutschrechtliche Grundsätze nur als Modifikationen einzelner Seiten des Rechtsinstituts erhalten blieben.

5 Vgl. § 191, 4.

6 Vgl. hiezu unten § 212, § 215, I.

7 Vgl. besonders H.G. § 1: „Das dingliche Recht, welches ein Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung auf eine fremde unbewegliche Sache durch Eintragung in das dafür angeordnete Buch erwirbt ist eine Hypothek" und unten § 212, § 215, I.

8 Vgl. unten § 196, B.

9 Gegen beide richtet sich die Klage auf Gestattung des Zwangsverkaufs zum Zwecke der Befriedigung der Forderung. Die dingliche Klage gegen den ursprünglichen Schuldner unterscheidet sich nur dadurch, daß mit ihr die persönliche Klage cumulirt werden kann, in welchem Falle beide freilich äußerlich verschieden zu sein scheinen.

10 §§ 1113, 1191, 1199 B.G.B. Vgl. dazu die Ueberschrift des II. Abschnitts des III. Buches des B.G.B. und die Ausdrucksweise in § 873I, 874,

Damit sind Hypothek und Grundschuld als dingliche Rechte anerkannt[11].

§ 196.

II. Begriff der accessorischen Hypothek und der Grundschuld des geltenden Rechtes und der Hypothek und Grundschuld des B.G.B.

A. Begriff der accessorischen Hypothek[1] des geltenden Rechtes.

Gemeinrechtlich ist die Hypothek ein accessorisches Recht, insofern sie zu ihrer Entstehung eine Forderung voraussetzt, zu deren Sicherstellung sie dient[2]. Als Folgen dieses Grundsatzes erscheinen die Rechtssätze: die gegen das Forderungsrecht begründeten Einreden können auch dem Pfandanspruch entgegengesetzt werden[3]; mit Erlöschen der Forderung geht das Pfandrecht unter[4]; das Pfandrecht kann von der Forderung, für die es begründet wurde, nicht getrennt werden[5]. Der Grundsatz, daß die Hypothek die Bestimmung hat, einer Forderung zur Sicherheit zu dienen,

---

875^I. 876, 877, 879^1, 881^1, 882, 883 B.G.B. u. s. w. Da die mit Zwang zu verwirklichende Zahlung nur aus dem Grundstücke verwirklicht werden kann, vermag ich die kritischen Bemerkungen Stobbe-Lehmann's § 155, 2 besonders in der gewählten Schärfe nicht zu billigen.

[11] M. I. Bd. III. S. 595, 596, 602, 603 D. S. 211; Hachenburg S. 4; Best S. 15, 16, 139; Fischer S. 46; Krech S. 110 Nt. 3. Dabei verkenne ich nicht, daß nach B.G.B. die eigentliche Hypothek ohne Forderung nicht denkbar ist arg. §§ 1138, 1153^II B.G.B. § 1164 Abs. 1 ist keine Ausnahme. Die Eigenthümerhypothek (§ 1163, 1172 ff. B.G.B.) und die Eigenthümergrundschuld (§ 1196 B.G.B.) lassen sich von vornherein weder als Realobligation noch als dingliches Recht construiren; vgl. dazu unten § 196, 56. Stobbe-Lehmann § 156 erachtet auch die Hypotheken und die Grundschulden des B.G.B. für Naturalobligationen des Grundstückseigenthümers verbunden mit einem dinglichen Rechte am Grundstücke.

[1] Dernburg, Pr. P.R. I. 314; Regelsberger, H.R. § 39; Müller, Pf.R. § 28; Exner, H.R. § 2; v. Gerber-Cosack, P.R. S. 252—257; Stobbe-Lehmann § 147, 3; Becher § 116.

[2] l. 43 D. 46. 3; Regelsberger, H.R. § 39, 2; Exner, H.R. § 2, 3.

[3] l. 15 Cod. 4. 40; Windscheid § 225, 3; Regelsberger, H.R. § 39, 3.

[4] l. 129 § 1 D. 50. 17; Regelsberger, H.R. § 39, 3. Dieß war indessen schon nach römischem Rechte nicht ohne Ausnahme Exner, H.R. § 2, 7a; Regelsberger, H.R. § 39, 4 und Nt. 5.

[5] Regelsberger, H.R. § 39 Nr. 4.

ist in das neuere Hypothekenrecht übergegangen; auch das bayrische Hypothekengesetz hat die accessorische Eigenschaft der Hypothek anerkannt [6] und es entbehrt daher die Meinung, daß die Hypothek des neueren Rechtes allgemein als ein selbständiges, von einem Forderungsrecht unabhängiges dingliches Recht bezeichnet werden könne, der Begründung [7]. Indessen ist dieses Erforderniß der accessorischen Eigenschaft sowohl im bayrischen wie in anderen unserer deutschen Hypothekengesetze und auch im B.G.B. nur für die Begründung, nicht aber für den Fortbestand der Hypothek durchgängig anerkannt [8], vielmehr sind in letzterer Beziehung durch das Gesetz mehrfache Modifikationen bestimmt; dieß tritt namentlich in folgenden Punkten hervor:

1. Der Schuldner kann einem dritten Erwerber der Hypothek die auf die Forderung bezüglichen Einreden, die ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustanden, nur dann entgegensetzen, wenn sie diesem bei Erwerbung der Hypothek bekannt waren oder wenn sie durch Vormerkung im Hypothekenbuche sicher gestellt sind [9].

2. Die Beendigung des Pfandrechts wird nur durch Löschung herbeigeführt, insofern nur durch diese auch Dritten gegenüber jede Wirkung des Pfandrechts beseitigt wird [10].

3. Der dritte Erwerber eines Grundstücks, der die darauf haf-

---

[6] H.G. § 2; über die sonstigen Hypothekengesetze Deutschlands s. Roth, D. P.R. II. § 293 Nt. 6.

[7] Vgl. Roth, Hypothekarische Succession 105. Dieser Rechtssatz ist nur in denjenigen Landesrechten anerkannt, welche die Bestellung von Grundschulden ausschließlich oder neben der accessorischen Hypothek zulassen, vgl. Roth, D. P.R. § 294, 2—6.

[8] Dernburg, Pr. P.R. I. § 314, 3 und 7.

[9] Das Bayr. H.G. gewährt aber nur dem entgeltlichen Erwerbe den Schutz der Oeffentlichkeit Bayern H.G. § 26, 4. Andere Rechte schützen auch den unentgeltlichen Erwerb vgl. Roth, D. P.R. II. § 293 Nt. 9, ebenso das B.G.B.; vgl. § 128 Nt. 8.

[10] Darauf beruht die Hypothekerneuerung des Bayrischen Rechtes Roth, H.S. 128; ähnlich § 1163 Abs. 1; 1180 B.G.B. Ebenso wird der gutgläubige Erwerber einer erloschenen, aber nicht gelöschten Hypothek durch das Publicitätsprinzip geschützt, vgl. Roth, D. P.R. § 296, Nt. 7 u. 8; B.G.B. § 1157. Das Institut der Eigenthümerhypothek nach B.G.B. bietet den wichtigsten Beleg; vgl. die §§ 1163, 1164, 1174, 1177, 1180 B.G.B. und D.S. S. 214—216.

tende Hypothek nicht als Selbstschuldner übernommen hat, haftet nur dinglich[11].

B. Begriff der Grundschuld des geltenden Rechtes[12].

Abgesehen von den den Hypothekenordnungen von Hamburg[13] und Lübeck[14] sowie den Mecklenburgischen H.O. für Rittergüter und städtische Grundstücke[15] eigenthümlichen selbstständigen Belastungen hatten die Deutschen Hypothekenordnungen die accessorische Hypothek in der Gestaltung, die sie in der neueren Rechtsentwicklung erhalten hatte, zum Ausgangspunkte genommen. Die neue Preußische Gesetzgebung, welche ursprünglich die accessorische durch die selbstständige Hypothek ersetzen sollte[16], führte in ihrer endgiltigen Feststellung zu einer Nebeneinanderstellung der selbstständigen und der accessorischen Hypothek, welche letztere in der Gestalt erhalten ist, die ihr durch die Gesetzgebung der letzten Zeit gegeben war[17].

---

[11] Vgl. Roth, D. P.R. § 309, 39.

[12] Ueber die Grundschuld sind zu vergleichen: Brettner, Unterschied der Grundschuld und Hypothek Gruchot VI. 161; Jäckel, Selbstständigkeit der Grundschuld Gruchot XVIII. 551; Jäckel, Anfechtung der Grundschuld Gruchot XVIII. 561; Stüler, Werthantheile in Behrend Z. VII. 262; Voß, zur Theorie der Grundschuld in Behrend Z. VIII. 477; Rudolph, accessorische und selbstständige Hypothek A. f. C.Pr. LXVII. 192; Pütter, die Grundschuld des Preußischen Rechts, Magazin für das Deutsche Recht IV. 78; Bremer, Hypothek und Grundschuld 1869; Buchka, die Hypothek des Eigenthümers 1875; Bähr, die Preußischen Gesetzentwürfe in Jhering, Jahrb. XI. 49; Heidenfeld, Immobiliarrecht 94 f.; Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts 1877; Kühnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffs 1878; Förster, Grundbuchrecht 121 f.; Förster, Pr. P.R. § 190, 24; Förster Eccius § 190, 25; Dernburg, Pr. P.R. I. § 314 f.; Meibom, H.R. § 5; Stobbe-Lehmann § 147, 7; Achilles, die Preußischen Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 4. Aufl. 1894 S. 114 ff.; C. Mathis, die Preußischen Grundbuchgesetze 2. Aufl. 1895; O. Fischer, die Preußische Grundbuchgesetzgebung, 3. Aufl. 1895.

[13] Hamburg H.O. § 4; Bornemann in Pr. J.Min.Bl. 1848, 41. Ueber das frühere Recht vgl. Delbrück, Uebernahme fremder Schulden Z. f. D. R. XV. 127 f.

[14] Lübeck H.O. § 17. Ueber das frühere Recht vgl. Delbrück, Uebernahme fremder Schulden Z. f. D. R. XV. 126 f.

[15] R.R.H.O. § 16; R.St.B.O. § 19; Meibom, H.R. § 13. Die übrigen Mecklenburgischen H.O. haben die accessorische Hypothek beibehalten Meibom, H.R. § 13. II.

[16] Förster, Gr.B.R. 23; Motive zum E.E.G. bei Werner II. 10.

[17] Ueber den Gang der Verhandlungen vgl. Dernburg, Pr. P.R. I. § 314.

Die Preußischen Grundbuchgesetze haben daher ein doppeltes Institut eingeführt, die ursprünglich selbstständige Hypothek (Grundschuld) und die ursprünglich accessorische Hypothek (Hypothek) [18], und es sind ihnen auch diejenigen Landesrechte gefolgt, welche die Preußischen Grundbuchgesetze angenommen haben [19] mit Ausnahme der Grundbuchgesetze von Braunschweig [20] und Sondershausen [21], die mit Verwerfung des Instituts der Grundschuld nur die accessorische Hypothek zulassen.

Die Grundschuld des Preußischen Rechtes unterscheidet sich von der accessorischen Hypothek darin, daß die Eintragung ohne Angabe eines Schuldgrundes geschieht, diese sogar nicht zuläßig ist [22]. Die Nichtangabe des Schuldgrundes ist das einzige formale Unterscheidungsmerkmal der Grundschuld und Hypothek. Materiell unterscheiden sich beide in folgender Weise:

1. Nur die Grundschuld kann auf den Namen des Eigenthümers eingetragen werden. Bei Hypotheken ist dieß nicht zuläßig [23].

2. Nur die Grundschuld, nicht die Hypothek kann ohne Nennung des Erwerbers abgetreten werden [24].

3. Für die Grundschuld muß ein Brief ausgestellt werden, bei der Hypothek kann darauf verzichtet werden [25]. Der Grundschuldgläubiger erhält das Verfügungsrecht erst mit der Aushändigung des Grundschuldbriefs, der Hypothekengläubiger mit der Eintragung [26].

4. Hinsichtlich der Einreden gelten folgende Grundsätze: Gegen die Klage aus einem Grundschuldbrief sind Einreden nur soweit zuläßig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger unmittelbar zustehen oder aus dem Grundschuldbriefe sich ergeben oder insofern die Thatsachen, auf welche sich die Einreden gründen,

---

[18] Pr. E.E.G. § 19, 1.

[19] Oldenburg E.E.G. § 18; Coburg-Gotha E.E.G. § 18; Detmold E.E.G. § 17; Lippe-Schaumburg E.E.G. § 24.

[20] Braunschweig E.E.G. § 26.

[21] Sondershausen E.E.G. § 18.

[22] Pr. E.E.G. § 19, 1; Dernburg, Pr. P.R. I. § 314, 15. Es wird daher mit dem Grundschuldbriefe die etwa vorhandene Schuldurkunde nicht verbunden Brettner in Gruchot XVII. 163.

[23] Pr. E.E.G. § 27; vgl. unten § 207b; Roth, D. P.R. § 306.

[24] Pr. E.E.G. § 55; Dernburg, Pr. P.R. I. § 326; vgl. Roth, D. P.R. § 318, 6; unten § 216.

[25] Pr. Gr.B.O. § 122; Dernburg, Pr. P.R. I. § 324, 3.

[26] Pr. E.E.G. § 18. 20.

dem Kläger bekannt gewesen sind; gegen die Klage aus einer Hypothek können Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß einem Dritten, welcher ein Recht auf die Hypothek gegen Entgelt erworben hat, nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm vorher bekannt geworden sind oder aus dem Grundbuche sich ergeben [27]. Ob in dem Verhältnisse der ursprünglichen Interessenten hinsichtlich der Einreden zwischen Hypothek und Grundschuld ein Unterschied besteht, ist bestritten [28].

5. Die Hypothek kann nur gemeinsam mit dem persönlichen Rechte abgetreten werden. Wird eine zur Sicherung eines persönlichen Rechtes dienende Grundschuld ohne den persönlichen Anspruch abgetreten, so erlischt letzterer [29].

6. Die Grundschuld kann sich an ein schon bestehendes Schuldverhältniß anschließen, indem sie zu dessen Sicherheit bestellt oder dafür als Zahlung gegeben wird [30]; sie kann aber auch, ohne daß eine Schuldverbindlichkeit bereits vorliegt, mit der Absicht, zu schenken oder sie für eine spätere Verbindlichkeit an Zahlungsstatt zu geben, bestellt werden [31].

Ueber die juristische Construktion der Grundschuld herrscht eine weitgehende Meinungsverschiedenheit.

I. Der eine Theil sieht in der Grundschuld eine Ausscheidung eines selbstständigen Vermögensobjekts aus dem Eigenthume. Es wird dieß theils darauf zurückgeführt, daß die Grundschuld ein selbstständiges Recht auf einen Theil des Werthes des Grundstücks

---

[27] Pr. E.E.G. § 38; Brettner in Gruchot XVII. 166; Dernburg, Pr. P.R. I. § 342, 9. Der Unterscheidung zwischen der Grundschuld und der Hypothek tritt darin hervor, daß der dritte Erwerber der Grundschuld nur solche Einreden geltend machen kann, die im Grundschuldbrief eingetragen sind, während bei der Hypothek Eintragung im Grundbuche genügt, und daß bei der Hypothek Entgeltlichkeit des Erwerbs vorausgesetzt wird, während bei der Grundschuld ein solcher Unterschied nicht gemacht ist Dernburg, Pr. P.R. I. § 342, 9. 10, ferner daß bei der Grundschuld die Kenntniß des Cessionars mit mala fides gepaart sein muß, bei der Hypothek nicht Brettner in Gruchot XVII. 167.

[28] Vgl. Roth, D. P.R. § 314, 4 folg.; unten § 215.

[29] Pr. E.E.G. § 52; Dernburg, Pr. P.R. I. § 325, 16; Förster, Gr.B.R. 142, Nr. 3; Brettner in Gruchot XVII. 169.

[30] Jäckel in Gruchot XVIII. 555, 15; Meibom, H.R. § 17, 4. 5.

[31] Jäckel in Gruchot XVIII. 555, 15; Meibom, H.R. § 17, 3; Rudolph, accessorische Hypothek A. f. C.Pr. LXVII. 270, 86.

sei[32], theils als bedingte Einräumung des Miteigenthums an dem Grundstück[33] oder als das Recht auf einen Theil des Grundstückseinkommens (Grundrente) erklärt[34].

II. Der andere Theil definirt sie als accessorisches Recht und zwar entweder als abstraktes Summenversprechen[35] oder als Realwechsel[36], als accessorische Hypothek ohne Angabe des Schuldgrundes[37], theils als Recht, aus der Substanz des Grundstücks die Zahlung der im Grundschuldbriefe benannten Summe zu verlangen[38].

III. Nach einer dritten Meinung ist die Grundschuld als ein eigenthümliches dingliches Recht zu erklären und zwar entweder als Realschuld[39] oder als ein von dem persönlichen Schuldver-

---

[32] Bremer, Hypothek und Grundschuld 53 folg. Stüler in Behrend Z. VII. 261 formulirt dieß dahin, es sei die Veräußerung eines Antheils an dem Werthe des Grundstücks.

[33] Goldschmidt, Systematik des Pfandrechts 23.

[34] Kühnast, Untersuchungen 48; Achilles Ges. 121 Nr. 11. Diese Definition schließt an den Rentenkauf an und stellt also die Grundschuld den Reallasten gleich s. darüber Rudolph in A. f. C.Pr. LXVII. 256.

[35] Dieß ist die Definition von Förster, Gr.B.R. 139 und Pr. P.R. § 190, 25. Ihr schließen sich an: Dernburg, Pr. P.R. I. § 314, 11; Jäckel in Gruchot XVIII. 560; Colberg, öffentlicher Glaube 137; Erk. R.G. 10/12 1880 Sammlung III. 88. Die Grundschuld unterscheidet sich hiernach von der Hypothek dadurch, daß durch die letztere eine Forderung mit benannter causa, durch die erstere eine abstrakte Forderung gesichert wird.

[36] Dieß ist die Auffassung der Motive zu E.E.G. bei Werner, Gr.B.G. II. 23; Voß in Behrend Z. VII. 262 nennt dieß Zustandsobligation, indem die eigentliche Grundschuld das dingliche Recht zur Sicherung einer nur durch die eingetragene Summe nebst Zubehör inhaltlich bestimmten Zahlungsverbindlichkeit sei, wobei das obligatorische Band zwischen Gläubiger und Schuldner erst mit der Aufforderung zur Zahlung begründet werde. Vgl. auch Dernburg-Hinrichs, Pr. H.R. I. 62.

[37] Dieß ist die Auffassung von Kindel in Gruchot XX. 128 und Pütter in Magazin IV. 119—121. Der letztere beruft sich dabei darauf, daß dieß schon die Stellung des Gesetzes 21/3 1868 für Neuvorpommern sei, welches zuerst die Grundschuld einführte, indem es die Eintragung ohne Angabe des Schuldgrundes zuließ.

[38] Dieß ist die Definition von Förster Eccius § 190 nach Note 25.

[39] Meibom in Bekker, Jahrb. IV. 490 und H.R. § 5, 13 bezeichnet die Grundschuld als Realschuld des Deutschen Rechtes, nämlich als eine durch das Eigenthum an einem Grundstücke bestimmte Obligation, für welche der jeweilige Eigenthümer Schuldner ist, wobei er nur mit seinem Grundstücke, nicht mit seinem übrigen Vermögen haftet. Ebenso Stobbe-Lehmann § 147, 28.

hältniß losgelöstes Pfandrecht[40] oder als Verbindlichkeit des Grundstücks (Personifikation)[41].

Ich schließe mich der Ansicht an, welche die Grundschuld als accessorisches Recht für ein abstraktes Summenversprechen auffaßt[42].

C. Begriff der Hypothek und der Grundschuld des B.G.B.[43].

Das B.G.B. kennt als Belastung eines Grundstücks mit einer Capitalsschuld drei im Wesen verschiedene Rechtsformen: die Verkehrshypothek mit ihren beiden Unterarten der Brief- und der Buchhypothek[44], die Grundschuld mit der Rentenschuld als Unterart[45] und die Sicherungshypothek[46] mit der Inhaber-[47] und der Sicherheits-

---

[40] Bähr in Ihering Jahrb. XI. 49 bezeichnet die Grundschuld als dingliche Forderung auf ein Grundstück mit Beschränkung auf dieses. Sachlich trifft diese Definition mit der von Meibom oben Note 31 überein, Bähr deducirt sie aber aus dem römischen Rechte, indem hier dasselbe Verhältniß vorliege, wie wenn bei der accessorischen Hypothek der persönliche Schuldner das Objekt veräußere und der Erwerber des Objekts als dinglicher Schuldner mit diesem hafte. Es ist dieß identisch mit der Definition, die Koch für die Eigenthümerhypothek des Preußischen Landrechts aufgestellt hat Roth, D. P.R. § 316, 97; unten § 217.

[41] Es ist dieß ausgesprochen in Mecklenburg R.R.H.O. § 16 und R.St.-B.O. § 19 und es ist diese Definition in der Mecklenburgischen Praxis recipirt Tschierpe, Erörterungen 92.

[42] Daß die Grundschuld des Preußischen Rechtes ein accessorisches Recht ist, ist von Rudolph accessorische Hypothek A. f. C.P. LXVIII. 269 folg. treffend nachgewiesen.

[43] M. I. Bd. III. S. 609—611; 779, 780. D. S. 211—217; Reatz S. 537—541 Nt. 1; Best S. 15—18, 139, 140; Fischer, Vortr. S. 53—56; Jakubezky S. 267—271; Hachenburg S. 19—43; Krech S. 109—112; Achilles, Handausgabe z. B.G.B. S. 314—316; Bunsen II. §§ 46, 58, 59; Stobbe-Lehmann § 155.

[44] §§ 1113, 1116 B.G.B.; R.V. § 1099. Die Briefhypothek wird künftig die regelmäßige Form der Hypothek bilden, vgl. Reatz S. 542 Nt. 6; Haidlen S. 349 (ob in Bayern?), während in Bayern bisher nur die Buchhypothek bestand. Ueber deren Beibehaltung im B.G.B. vgl. M. I Bd. III. S. 617, 618.

[45] §§ 1191 (I. E. § 1135; II. E. § 1100; R.T.V. § 1174), 1199 (II. E. § 1108; R.T.V. § 1182) B.G.B.; M. I. Bd. III. S. 596, 597; D. 229, 230.

[46] §§ 1184 (I. E. 1125, 1126; II. E. § 1192; R.T.V. § 1167), 1190 (I. E. § 1129; II. E. § 1096; R.T.V. § 1173) B.G.B.

[47] § 1187 B.G.B. Ablehnend gegen diese verhielt sich noch der I. E.; vgl. M. I. Bd. III. S. 635—637. Dagegen s. schon Bayr. Ges. v. 18. März 1896; D. S. 226—228.

hypothek [48], der Vollstreckungs- und der Arresthypothek [49] als Unterarten. Alle haben gemeinschaftlich, daß sie Belastungen eines Grundstücks bilden der Art, daß aus dem Grundstück eine Geldsumme an den Berechtigten zu zahlen ist.

Verkehrshypothek und Grundschuld unterscheiden sich aber dadurch von einander, daß bei ersterer die Geldsumme zur Befriedigung einer dem Berechtigten zustehenden Forderung zu zahlen ist [50], das dingliche Recht des Hypothekengläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstücke den Bestand einer persönlichen Forderung voraussetzt, welche den Gläubiger zur Geltendmachung des Hypothekenanspruchs legitimirt [51], bei der Grundschuld dagegen jener Zweck der Zahlung und damit auch der Bestand einer persönlichen Forderung für den Bestand und die Geltendmachung der Grundschuld völlig gleichgiltig ist [51a].

Immerhin ist aber dieses Abhängigkeitsverhältniß der Verkehrshypothek des B.G.B. von der Forderung gegenüber dem geltenden Rechte nach verschiedenen Seiten hin bedeutend abgeschwächt. Die wichtigste Abweichung besteht in der Zulassung der Eigenthümerhypothek nicht bloß für die Fälle, daß die Forderung erlischt [52], der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet [53] u. s. w., wo

---

[48] § 1190 B.G.B. Die Kautionshypothek ist nach B.G.B. immer Sicherungshypothek.

[49] §§ 757 b, c R.C.P.O. (Anl. z. D. S.); M. I. Bd. III. S. 621—627; 769—776.

[50] Im E. I. § 1062 stand, die Hypothek sei das Recht „wegen einer bestimmten Geldforderung aus dem Grundstücke Befriedigung zu verlangen." Die vorgenommene Aenderung ist sachlicher Natur und soll die Abschwächung des Abhängigkeitsverhältnisses zum Ausdruck bringen. Vgl. Best S. 16, 17; Hachenburg S. 19, 20; Haidlen S. 342.

[51] Vgl. hiezu die vorzüglichen Ausführungen bei Hachenburg S. 25, 26.

[51a] Stobbe-Lehmann definirt mit Rücksicht auf seine oben Nt. 11 erwähnte Ansicht über die rechtliche Natur der Hypothek und der Grundschuld des B.G.B. in folgender Weise: Hypothek ist eine zur Sicherung eines bestimmten Anspruchs bestellte Forderung gegen den Eigenthümer eines Grundstücks auf eine Geldsumme, verbunden mit dem dinglichen Rechte, mangels anderweiter Erfüllung Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen. Grundschuld ist eine schlechthinige (!) Forderung gegen den Eigenthümer eines Grundstücks auf einmalige und jährliche Zahlung einer bestimmten Geldsumme, verbunden mit dem dinglichen Rechte, mangels anderweiter Erfüllung Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen.

[52] § 1163 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.

[53] § 1168 B.G.B.

der Eigenthümer die Hypothek erwirbt, sondern auch für den weiteren Fall, daß die den Zweck der Hypothekbestellung bildende Forderung gar nicht zur Entstehung gelangt[54] oder daß der Hypothekenbrief vom Eigenthümer des Grundstücks dem Gläubiger noch nicht übergeben ist[55], wo die Hypothek für den Eigenthümer entsteht. Freilich ist dabei noch zu erwägen, ob denn die Eigenthümerhypothek wirklich noch als echte Hypothek oder nicht vielmehr lediglich als ein unter dem Namen Hypothek auftretender Zustand der „Ausscheidung des der Hypothek entsprechenden Theiles des Grundstückwerthes“ zu Gunsten des Eigenthümers anzusehen ist[56].

Eine der wichtigsten Folgen des Unterschieds zwischen Verkehrshypothek und Grundschuld ist, daß bei der Hypothek der Eigenthümer des belasteten Grundstücks sowohl die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden, als auch gegen jeden neuen Gläubiger solche Einreden geltend machen kann, welche ihm auf Grund des zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Forderungsverhältnisses gegen die Hypothek zustanden, soweit nicht jeweils die Oeffentlichkeit des Grundbuchs im Wege steht oder aus dem Hypothekenbriefe Gegentheiliges ersichtlich ist[57]. Einige weitere Folgen des Unterschieds zeigen sich darin, daß auch nach dem Rechte des B.G.B. zwar die Grundschulden, nicht aber die Hypotheken von Anfang an auf den Namen des Eigenthümers des Grundstücks eingetragen werden können[58], bei der Hypothek Zahlungszeit und Zahlungsort sich nach der Forderung bestimmen, für die Grundschuld aber besondere Bestimmungen gelten[59] und daß es zwar einen Grundschuldbrief, aber nicht einen Hypothekenbrief auf den Inhaber giebt[60].

---

[54] § 1163 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.

[55] § 1163 Abs. 2 B.G.B. Den § 1180 B.G.B. (Ersetzung der Forderung) erachte ich als keine eigentliche Neuerung; § 84 Bayr. Hyp.Ges. (Hypothekerneuerung) läuft auf das gleiche Resultat hinaus. Wichtiger ist, daß die Hypothek in eine Grundschuld und die Grundschuld in eine Hypothek umgewandelt werden kann; vgl. unten Nt. 67.

[56] Prot. der I. Comm. S. 4666; Hachenburg S. 22.

[57] §§ 1137, 1138, 1140, 1157, 891—899 B.G.B.

[58] §§ 1113, 1115, 1196 B.G.B. (M. I. Bd. III. S. 611, 612). Eine Umgehung bezüglich der Hypotheken ist leicht auf dem Wege des § 1163 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. möglich.

[59] §§ 1113, 1114 B.G.B.

[60] §§ 1195, 1116 B.G.B. Bei der Hypothek für eine Schuldverschrei-

Bei der Sicherungshypothek tritt das Abhängigkeitsverhältniß der Hypothek von der Forderung noch in weit stärkerem Maße hervor als bei der Verkehrshypothek. Bei der Sicherungshypothek bestimmt sich das Recht des Gläubigers aus der Hypothek nur nach der Forderung und kann sich der Gläubiger zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung und die Oeffentlichkeit des Grundbuchs berufen[61]. Die Sicherungshypothek ist stets Buchhypothek[62].

Der Unterschied zwischen Brief- und Buchhypothek besteht darin, daß über erstere ein Hypothekenbrief ausgestellt wird, über letztere nicht[63]. Die Unterscheidung ist von Bedeutung namentlich für den Erwerb[64] und die Veräußerung[65] der Hypothek sowie für das Oeffentlichkeitsprinzip[66].

Die Hypothek kann jederzeit in eine Grundschuld, die Grundschuld jederzeit in eine Hypothek, die gewöhnliche Hypothek in eine Sicherungs- und diese in eine gewöhnliche Hypothek, die Briefhypothek (Grundschuld) in eine Buchhypothek (Grundschuld), diese in eine Briefhypothek (Grundschuld), die gewöhnliche Grundschuld in eine Rentenschuld und diese in eine gewöhnliche Grundschuld umgewandelt werden; zur Umwandlung ist dinglicher Vertrag und Eintragung in das Grundbuch, bei Umwandlung der Buchhypothek (Grundschuld) in eine Briefhypothek (Grundschuld) außerdem die Ertheilung des Hypotheken(Grundschuld)-briefs erforderlich[67]. Der Unterschied zwischen der Grundschuld und

---

bung auf den Inhaber ist die Ertheilung eines Hypothekenbriefs ausgeschlossen: §§ 1187, 1185 B.G.B.

[61] § 1184 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 619, 620; D. S. 213; Hachenbuch S. 41—48.

[62] § 1185 Abs. 1 B.G.B. Die Ertheilung des Hypothekenbriefs ist ausgeschlossen. M. I. Bd. III. S. 620.

[63] § 1116 B.G.B. Ueber die Entwickelung des Hypothekenbriefs vgl. Best S. 27, 28; Bunsen II. § 56. M. I. Bd. III. S. 612—614; daselbst S. 616, 617 auch über die rechtliche Natur des Hypothekenbriefs. D. S. 212, 213; Hachenbuch S. 44—48; Best S. 28—31; Bunsen § 856.

[64] § 1117, 873 B.G.B.; Best S. 29; Gareis S. 250. Vgl. unten § 207 a. Dazu ist auch § 1177 B.G.B. zu vergleichen, der von der Verwandlung der Eigenthümerhypothek in eine Eigenthümergrundschuld handelt.

[65] §§ 1154, 1274 B.G.B.; Best S. 29—30. Vgl. unten § 216, 26 und § 219, 9.

[66] §§ 1140, 1138, 1157 B.G.B.; vgl. unten § 198, 28.

[67] §§ 1198, 1186, 1116 mit 1192, 1203, 877 mit 873, 874, 876, 878 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 795, 796; Best S. 145, 146, 149, 150; Haidlen S. 350.

der regelmäßig nur von seiten des Eigenthümers ablösbaren Rentenschuld besteht darin, daß bei ersterer eine bestimmte Capitalssumme[68], bei letzterer in regelmäßig wiederkehrenden Terminen bestimmte Geldsummen (Renten) aus dem Grundstücke zu zahlen sind, wobei auf die einzelnen Leistungen die für die Hypothekzinsen, auf die Ablösungssumme die für ein Grundschuldcapital geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden[69].

Die Hypotheken und Grundschulden des B.G.B. sind Substanzrechte; doch bleiben landesgesetzliche Vorschriften, welche die sog. Revenuenhypothek zulassen, unberührt[70].

D. Uebergangsbestimmungen[71].

Für die Uebergangszeit gelten folgende Bestimmungen:

Während sonst die Rechte, mit denen ein Grundstück am 1. Januar 1900 belastet ist, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen bleiben[72], gelten für die Hypotheken und Grundschulden besondere Vorschriften[72a].

1. Ein zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist[73], an einem Grundstücke bestehendes Pfandrecht gilt von dieser Zeit an als Buchhypothek im Sinne des B.G.B.[73a].

---

[68] § 1191 Abs. 1 B.G.B.

[69] § 1199 Abs. 1, § 1200 Abs. 1 B.G.B. — Ueber die Zulassung der Rentenschuld vgl. M. I. Bd. III. S. 631, 632; D. S. 229, 230; Haidlen S. 439; Reatz S. 579 Nt. 2; Best S. 148, 149; Hachenbuch S. 48—59.

[70] Art. 60 E.G. z. B.G.B. Vgl. dazu M. I. Bd. III. S. 633—635; Best S. 20, 21.

[71] Bei Anlage des Grundbuchs müssen die sämmtlichen bestehenden Hypotheken und Grundschulden darin aufgenommen werden. Doch kann durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden, daß gesetzliche Pfandrechte, die zu der Zeit bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bis 1. Januar 1910 der Eintragung nicht bedürfen (Art. 188 Abs. 1 E.G. z. B.G.B.). Für Bayern ohne Bedeutung.

[72] Art. 184 E.G. z. B.G.B.

[72a] Vgl. hiezu besonders Schnell in Bl. f. R.A. LXII. 225 ff.

[73] Vgl. hiezu Art. 186 E.G. z. B.G.B.

[73a] Die Aenderungen, die sich am Inhalt und an der Wirkung der Hypothekrechte ergeben, beziehen sich namentlich auf die Forderung, die sich erweitert (§ 1118 B.G.B.), auf den Gegenstand, dessen Haftungsumfang sich vergrößert (§§ 1120—1122 B.G.B.), auf die Entstehung der Eigenthümerhypothek (§§ 1163, 1168, 1169, 1171 B.G.B.), sofern nicht von Art. 194 E.G.

Ist der Betrag der Forderung, für die das Pfandrecht besteht, nicht bestimmt, so gilt das Pfandrecht als Sicherungshypothek. Doch kann landesgesetzlich einem Pfandrechte, das hienach nicht als Sicherungshypothek gilt, die Eigenschaft einer solchen oder einer Briefhypothek und einer über das Pfandrecht ertheilten Urkunde die Eigenschaft eines Hypothekenbriefs beigelegt werden [74]. Auch kann landesgesetzlich bei den hienach als Buch- oder Sicherungshypothek fortbestehenden Hypotheken die Entstehung einer Eigenthümerhypothek ausgeschlossen werden [75].

2. Eine zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, bestehende Grundschuld gilt von dieser Zeit an als Grundschuld im Sinne des B.G.B. und eine über die Grundschuld ertheilte Urkunde als Grundschuldbrief. Doch kann landesgesetzlich einer zu dieser Zeit bestehenden Grundschuld die Eigenschaft einer Briefhypothek oder einer Sicherungshypothek und einer über die Grundschuld ertheilten Urkunde die Eigenschaft eines Hypothekenbriefs beigelegt werden [76].

3. Ist das Pfandrecht (Hypothek, Grundschuld) dahin beschränkt, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke nur im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann, so bleibt diese Beschränkung bestehen (sog. Revenuenhypothek, Revenuengrundschuld) [77].

---

z. B. Gebrauch gemacht wird (s. Nt. 75), auf den Inhalt der Gesammthypotheken (§§ 1132, 1173, 1182 B.G.B.), auf den künftig erhöhten Schutz des Gläubigers im Falle der Verschlechterung des Grundstücks (§§ 1133, 1134 B.G.B.), auf die Wirkung des vertragsmäßigen Verpfändungsverbots (§ 1136 B.G.B.), auf die künftig uneingeschränkte Befugniß des Eigenthümers zur Zertrümmerung des verpfändeten Grundstücks: Schnell a. a. O.

[74] Art. 192 Abs. 1; Art. 193 E.G. z. B.G.B.

[75] Art. 194 E.G. z. B.G.B. Es kann nämlich landesgesetzlich bestimmt werden, daß der Gläubiger eines solchen Pfandrechts die Löschung eines im Range vorgehenden oder gleichstehenden Pfandrechts, falls dieses mit dem Eigenthume sich in einer Person vereinigt, in gleicher Weise zu verlangen berechtigt ist, wie wenn zur Sicherung des Rechtes eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen wäre (vgl. auch §§ 1179, 883—888 B.G.B).

[76] Art. 195 E.G. z. B.G.B.

[77] Art. 192 Abs. 2; Art. 195 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.; Best S. 20, 21; vgl. oben Nt. 70.

Abschnitt 3.

Die Grundlagen.

§ 197.

I. Im Allgemeinen.

Nach dem bayrischen Hypothekengesetze, den übrigen deutschen Hypothekenordnungen und dem **B.G.B.** gelten für das Pfandrecht an Immobilien folgende allgemeine Grundsätze:

I. Ein Immobiliarpfandrecht kann nur an einer unbeweglichen Sache oder an einem diesen gleichstehenden Rechte bestellt werden (§ 200).

II. Die Begründung eines Immobiliarpfandrechts erfolgt nur durch Eintragung in das Hypotheken- oder Grundbuch (§§ 207—207b).

III. Die Eintragung darf nur erfolgen auf bestimmt bezeichnete Liegenschaften für eine der Summe nach bestimmte Forderung (Princip der Specialität § 199).

IV. Die Eintragung einer Hypothek setzt eine Forderung voraus, zu deren Gunsten sie wirken soll (accessorische Hypothek im Sinne des bisherigen Rechtes und des **B.G.B.** §§ 196, 202). Mehrere der geltenden Hypothekengesetze lassen die Bestellung eines Pfandrechts an Immobilien in der Form der Grundschuld zu, theils ausschließlich [1], theils nach der Wahl der Interessenten neben der accessorischen Hypothek [2]. Alle anderen geltenden Hypothekengesetze lassen die Begründung eines Pfandrechts an Immobilien nur in der Form der accessorischen Hypothek zu. **Das B.G.B. läßt den Interessenten die Wahl zwischen Verkehrshypothek, Sicherungshypothek und Grundschuld** [3]. Die Grundschuld unterscheidet sich formell von der Hypothek darin, daß die Eintragung ohne Angabe eines Schuldgrundes erfolgt (§ 196).

V. Die Rangordnung unter den Pfandrechten an Immobilien wird ausschließlich durch die Reihenfolge der Einträge bestimmt (Princip der Priorität § 221).

---

[1] Dieß ist der Fall nach den H.O. von Hamburg und Lübeck und der R.R.H.O. und der R.St.B.O. von Mecklenburg.

[2] Dieß ist der Fall nach den Grundbuchgesetzen von Preußen, Oldenburg, Coburg-Gotha, Lippe-Detmold und Lippe-Schaumburg.

[3] Vgl. oben § 196, C.

VI. Der Inhalt des Hypotheken- oder Grundbuchs ist insofern maßgebend, als Dritte, welche in gutem Glauben Rechte an dem Hypothekenobjekt erworben haben, durch den öffentlichen Glauben des Hypotheken- oder Grundbuchs geschützt werden (Princip der Publicität § 296).

§ 198.

II. Der Grundsatz der Publicität [1].

Der Ausdruck Publicität wird in doppeltem Sinne gebraucht man unterscheidet die formelle und die materielle Publicität [2]. Die formelle Publicität besteht in dem Grundsatze, daß jedem Betheiligten ein Recht auf Einsicht des Hypotheken- oder Grundbuchs zusteht [3]. Als Folge davon erscheint der Rechtssatz, daß sich niemand auf Nichtkenntniß dessen, was im Hypotheken- oder Grundbuch eingetragen ist, berufen darf [4]. Die materielle Publicität beruht darauf, daß der Inhalt des Hypotheken- oder Grundbuchs mit äußerer oder formeller Wahrheit bekleidet wird [5] und bei allen mit dem Hypotheken- oder Grundbuch in Beziehung stehenden Handlungen Dritter, welche sich in gutem Glauben befinden, entscheidet. Es beruht dieß auf einem positiven Rechtssatze, der sich vordem bei anderen Rechtsinstituten nicht fand [6]. Die

---

[1] Vgl. Exner, das Publicitätsprincip 1871; Colberg, über die Bedeutung des öffentlichen Glaubens 1877; Förster, Gr.B.R. § 3; Dernburg-Hinrichs § 14; Dernburg, P. P.R. 1. § 202; Meibom, H.R. § 10; Regelsberger, H.R. § 30 ff. Römer, H.R. § 3; Exner, H.R. § 6—18; Stobbe-Lehmann § 150, 6—8; Roth, D. P.R. § 292, D; § 296; Becher § 111—113; Pflug, das Princip der Publicität, Erlangen 1895; Best I. S. 27—28. II. S. 80—84; Hachenburg S. 5, 93—105; D. S. 219—221; Bunsen II. § 50.

[2] Regelsberger, H.R. § 29 und 30; Becher § 111; oben § 128 Ziff. 1, 3.

[3] H.G. § 24; §§ 11, 93 R.G.B.O.; oben § 128, 5.

[4] H.G. § 25.

[5] Dernburg, Pr. P.R. 1. § 202, 2; Regelsberger, H.R. § 36; Römer, H.R. 14; Becher §§ 111, 113; oben § 128 Ziff. 1. §§ 892, 893, 1138—1140, 1157, 1192 B.G.B. Die Sicherungshypothek des B.G.B. nimmt wie bisher die Sicherheitshypothek nicht im vollen Umfange am Oeffentlichkeitsprincipe theil; vgl. oben § 196, 61; unten Nt. 30.

[6] Die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils hat Aehnlichkeit damit, unterscheidet sich aber darin, daß sie nur unter den Parteien Geltung hat, während die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs nur zu Gunsten Dritter wirkt. Regelsberger, H.R. § 30, 8; Becher § 103 Nt. 2. Im neueren Rechte hat das Princip

materielle Publicität hat eine negative und eine positive Seite. Die negative Seite besteht darin, daß derjenige, dem der öffentliche Glaube des Hypotheken- oder Grundbuchs zur Seite steht, dessen Inhalt als erschöpfend annehmen darf [7] und daher eintragungsbedürftige Rechte Dritter, welche nicht eingetragen sind, als nicht existent anzusehen das Recht hat [8]. Die positive Seite besteht darin, daß die Einträge in dem Hypotheken- oder Grundbuch, auch wenn sie innerlich fehlerhaft sind, für denjenigen, der sich auf den öffentlichen Glauben berufen darf, rechtsbeständig sind [9].

Das bayrische Hypothekenrecht beruht entsprechend der Entwicklung, welche das neuere Hypothekenrecht genommen hat [10], auf dem Grundsatze der Publicität, hat jedoch nicht das Grundbuchsystem, sondern das Pfandbuchsystem seinen Bestimmungen zu Grunde gelegt [11], so daß die Wirkung der Publicität nicht auf den ganzen Inhalt des Hypothekenbuchs in gleicher Weise sich erstreckt, diese, abgesehen von einigen Ausnahmen, in ihrem vollen Umfange vielmehr nur bei der Eintragung von Hypotheken hervortritt, während die übrigen Einschreibungen nur als Behelfe des Bestandes oder der Rangbestimmung der Hypotheken erscheinen und nur in dieser Eigenschaft an den Wirkungen der Publicität theilnehmen [12]. Das

der Publicität in verschiedener Gestalt Eingang gefunden; vgl. Pflug, das Princip der Publicität in Deutschland, Erlangen 1895; dazu noch das R.G. vom 15. Juni 1895 die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt betr. (R.G.Bl. S. 301) §§ 120 ff.; §§ 1431, 1435, 1558—1563 B.G.B. über das Güterrechtsregister.

[7] Exner, Publicitätsprincip 4; Förster, Gr.B.R. 43; Regelsberger, H.R. § 30 Nr. 1; Römer, H.R. § 3, 6 b und § 113 A, IV.

[8] Dernburg, Pr. P.R. 1. § 202, 2 b.

[9] Exner, Publicitätsprincip 4; Dernburg, P. P.R. 1. § 202, 2 a.

[10] Vgl. darüber Beseler, Pr.R. § 97; Förster Eccius, P. P.R. § 191, und die Aufsätze von Mittermair, A. f. C. Pr. XVIII. 151 und 431; XIX. 126; XXVIII. 422; XXXIII. 435; XXXIV. 245 und 412; XXXV. 323; XXXVI. 289; XXXVII. 470; XXXVIII. 108.

[11] Gönner, Comment. I. 259. Spätere Gesetze haben jedoch dem Hypothekenbuche theilweise Grundbucheigenschaft beigelegt; s. unten Nt. 19—21.

[12] Die Eintragung des Eigenthümers in die II. Rubrik ist nicht Voraussetzung des Eigenthumserwerbs, sondern nur der Disposition bei Einschreibungen in das Hypothekenbuch, vgl. unten § 201. Ebenso ist die Eintragung von Reallasten und Personalservituten in die I. und II. Rubrik nicht zur Entstehung des dinglichen Rechtes erforderlich, sondern hat nur den Zweck, ihnen gegenüber den eingetragenen Hypotheken die erforderliche Sicherheit zu

bayrische Recht gehört demnach bis jetzt noch dem System der beschränkten Publicität an. **Das B.G.B. hat das Princip der**

---

gewähren. Hinsichtlich der Reallasten ist dieß ausgesprochen Einf.Ges. § 7: „Werden die auf speciellen Rechtstiteln beruhenden Reallasten, welche nach § 22, 5 des Hypothekengesetzes eingetragen werden müssen, bei dem Hypothekenamt nicht angemeldet, so hat diese Unterlassung keine andere Folge, als daß die Reallast den inzwischen eingetragenen Hypotheken auf den Fall nachstehen muß, wenn wegen derselben die Sache um einen geringeren Preis verkauft und dadurch eine Hypothekenforderung nicht befriedigt wird." Der gleiche Grundsatz ist bei Personalservituten anwendbar und der O.G.H. hat die, wie es scheint, nicht wenig verbreitete Meinung, daß Reallasten und Personalservituten, um für einen dritten Erwerber des Immobile verbindlich zu sein, der Eintragung bedürften, constant verworfen Bl. XXXII. 129, 3|8 67, XXV. 388, Erg. Bd. I. XXXVI. 20, XXXVII. 50, LIX. 343; Samml. VII. 81, wie dieß bereits von Gönner, Comment. I. 259 und 279 als den Bestimmungen unseres Hypothekenrechts entsprechend bezeichnet ist; Regelsberger § 19, II; Becher § 111, 1; Ortenau-Henle, Comm. z. Subh.Ordn. S. 214. Es ist dieß eine nothwendige Folge des Satzes, daß die Eröffnung eines Foliums nur auf Antrag des Eigenthümers oder bei Anmeldung eines Rechtes erfolgt, dessen Sicherstellung durch Eintragung in das Hypothekenbuch bedingt ist. Vgl. oben § 193, 17, § 194, 9, 10 und unten § 201, 4. Prädialservituten werden nach bayrischem Rechte überhaupt nicht in das Hypothekenbuch eingetragen oben § 194, 23. Diese Grundsätze gelten in dem ganzen Gebiete des Hypothekengesetzes, also in dem ganzen diesseitigen Bayern, und finden daher auch in dem Rechtsgebiete des Preußischen Landrechts in Bayern Anwendung. A. M. ein A.E. 14|2 60 Z.A.B. III. 188, wo ausgeführt ist, daß die Bestimmungen des Pr. L.R. 1. 10. 7 und 12 über die Nothwendigkeit und rechtliche Bedeutung der Eintragung des Besitzrechts in das Hypothekenbuch als durch das Hypothekengesetz nicht abgeschafft, in Bayern noch jetzt in dem Rechtsgebiete des Preußischen Landrechts in Geltung stehen. Diese Ansicht scheint mir nicht haltbar. Das Publicitätsprincip des Preußischen Landrechts ist ein anderes als das des bayrischen Hypothekengesetzes, da nach dem ersteren die Eintragung in das Hypothekenbuch Voraussetzung des Eigenthumserwerbs und des Erwerbs der meisten dinglichen Rechte ist, Förster Eccius P. P.R. § 172, 25 und § 187, 20, während das bayrische Hypothekengesetz die Eintragung des Eigenthümers der Reallasten und Personalservituten nur mit Beziehung auf die einzuschreibenden Hypotheken vorschreibt und nur für letztere die Entstehung des dinglichen Rechtes von der Eintragung abhängig macht. Die Grundlagen beider Gesetzgebungen stehen sich demnach diametral entgegen und können nicht neben einander bestehen. Da nun das bayrische Hypothekengesetz einen Vorbehalt nicht enthält, so sind durch dessen Einführung die entgegenstehenden Bestimmungen des Preußischen Rechtes beseitigt. — Bezüglich Verpfändung von Hypothekforderungen s. Bl. XXVI. 14; XXXII. 117; Samml. XIII. 456; Regelsberger § 12, 11; Becher § 99 Nt. 15 gegen Lehner H.R. S. 156 und H.A.O. S. 41 a. E. Cession von Hypothekforderungen Bl. XXXII. 374; XI. 8.

erweiterten Publicität aufgenommen. Nach ihm nimmt der ganze Grundbuchinhalt am Publicitätsprincipe theil. Die wichtigsten Grundsätze des B.G.B. sind schon oben in § 128 dargestellt; es erübrigt daher nur, im Folgenden und zwar im Anschluß an die Darstellung des bayrischen Hypothekenrechts ihm die Sätze des B.G.B. kurz gegenüberzustellen. Das Princip der materiellen Publicität enthält folgende Rechtssätze:

I. Eine Hypothek kann gültig nur durch Eintragung in das Hypotheken- oder Grundbuch entstehen [13]. Abweichend von den Grundsätzen des römischen Rechtes, welches für die Hypothekbestellung keine allgemein anwendbare Form vorschreibt, sondern die Entstehung nach den Titeln unterscheidet und demnach diese verschieden gestaltet, je nachdem sie auf Gesetz, Disposition des Eigenthümers oder richterliche Verfügung zurückzuführen ist, hat das neuere Hypothekenrecht die Entstehung des Pfandrechts an Immobilien und an Mobilien gesondert und das erstere, soweit es als Hypothek bestehen soll, unter analoger Anwendung der Grundsätze von der gerichtlichen Auflassung ausschließlich auf die Eintragung in das Hypotheken- oder Grundbuch zurückgeführt, so daß nicht nur alle stillschweigenden Pfandrechte beseitigt, sondern auch die auf Gesetz, Disposition des Eigenthümers oder richterlicher Verfügung beruhenden an die gleiche Form gebunden sind. Zur Entstehung einer Hypothek ist daher nach neuerem Rechte ein Formalakt erforderlich [14], ohne dessen Vornahme das dingliche Recht nicht entstehen kann [15]. Dieser Grundsatz ist maßgebend nicht nur für das Ver-

[13] H.G. § 21: Die Hypothek als dingliches Recht wird durch die förmliche Eintragung in das öffentliche, unter amtlichem Glauben geführte Hypothekenbuch erworben, und erst von der Zeit dieser Eintragung an erhält eine Forderung die Rechte der Hypotheken, ohne Unterschied, ob das Recht, sie zu erwerben, auf dem Privatwillen beruht." §§ 1, 9, 10 H.G. Regelsberger § 57; Becher § 123. — §§ 873, 1115 B.G.B.

[14] Exner, Publicitätsprincip 5.

[15] H.G. § 10. „Der Rechtstitel allein bewirkt die Hypothek nicht, sondern nur das Recht, diese durch Eintragung in das Hypothekenbuch zu erwerben; selbst dadurch, daß dem Gläubiger der Besitz der Sache oder deren Nutzungsrecht zur Sicherstellung einer Forderung eingeräumt ist, wird eine Hypothek auf die Sache noch nicht erworben." — § 873 B.G.B.: „Zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Theiles über den Eintritt

hältniß der anderen Gläubiger oder der dritten Erwerber der Sache, sondern auch für die Beziehungen des ursprünglichen Gläubigers und des Schuldners [16]. Im Princip ist nach bayrischem Rechte die Eintragung in das Hypothekenbuch nur für die Hypothekrechte Entstehungsthatsache. Das Hypothekengesetz selbst schreibt der Eintragung aber auch hinsichtlich der Verpfändungsbefugniß constitutive Wirkung insofern zu, als nur der im Hypothekenbuch eingetragene Eigenthümer Hypotheken bestellen kann [17]. Ob hinsichtlich der dinglichen Wirkung eines Eigenthumsvorbehalts, Rückkaufsrechts, vertragsmäßigen Verpfändungsverbots oder sonstiger obligatorischer Verpfändungsbeschränkungen die Eintragung Entstehungselement ist, ist bestritten; die bejahende Ansicht verdient jedoch den Vorzug [18]. Neuere Gesetze haben auch für die Entstehung eines landwirthschaftlichen Erbguts [19], für die Wirkung der Beschlagnahme unbeweglichen Vermögens zum Zwecke der Zwangsvollstreckung [20] und für die Wirkung des auf prozeßrichterlicher einstweiliger Verfügung beruhenden Veräußerungs-, Verpfändungs- und Belastungsverbots in der Richtung gegen Dritte [21] die Eintragung als nothwendige Entstehungsthatsache erklärt und damit dem Hypothekenbuch im gewissen Umfange Grundbucheigenschaft beigelegt. **Nach B.G.B.**

---

der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt".

[16] Gönner, Comment. I. 153.

[17] Vgl. unten § 201, 4. Das B.G.B. selbst enthält eine solche Vorschrift nicht; sie gehört auch nicht dem materiellen, sondern dem formellen Grundbuchrecht an (vgl. oben § 128 Ziff. 4); letzteres ist in der R.G.B.O. geregelt. § 40 R.G.B.O. enthält dann einen dem Texte entsprechenden Satz.

[18] So Roth, D. Pr.R. § 309, 6a Regelsberger § 12, I. 2d; 54, 66. I. b; Bl. LIV. 20; S. A. I. 176; Mittermair, D. Pr.R. I. § 263 a. E. Vgl. die §§ 5, 22 Ziff. 7; § 44 Abs. 2 H.G. A. M. Bl. XXXV. 137, 141; XLVI. 353; Samml. IV. 607; V. 822; X. 182; S. A. XXXII. 43; Gönner I. 298 ff.; 391 mit Nt. xx; Becher § 99C, I. 4; hienach sind diese Rechtsverhältnisse nur bei Meidung der Folgen des Oeffentlichkeitsprincips im Hypothekenbuch einzutragen.

[19] Art. 3 Ziff. 3 des Ges. v. 23. Febr. 1855.

[20] Art. 7 Subh.Ordn.

[21] Art. 32 A.G. z. R.C.P.O. mit §§ 814 ff., § 810 R.C.P.O.

ist die Eintragung im Princip Entstehungsthatsache für den ganzen dinglichen rechtsgeschäftlichen Verkehr[22].

II. Der Inhalt des Hypothekenbuchs ist bei allen mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehenden Handlungen Dritter, welche sich in gutem Glauben befinden, entscheidend. Daher bringt jede im Vertrauen auf das Hypothekenbuch vorgenommene Handlung, soweit sie mit dem Hypothekenwesen in Verbindung steht, in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Hypothekenbuch befindlichen Einträgen und in gutem Glauben gehandelt hat, alle jene rechtlichen Wirkungen hervor, welche der Handlung nach jenen Einträgen angemessen sind[23]. Für das Rechtsverhältniß der Contrahenten unter sich ist die Eintragung in das Hypothekenbuch nicht entscheidend, für sie ist allein das Contraktsverhältniß bestimmend; daher können unter ihnen alle Einreden vorgebracht werden und ebenso bedürfen Thatsachen zu ihrer materiellen Wirksamkeit unter ihnen nicht der Eintragung[24]. Dagegen kann ein Dritter, der nicht zu den ursprüglichen Contrahenten gehört, insofern er in gutem Glauben ist[25], alle Handlungen rechtsgültig vornehmen, welche dem Inhalte des Hypothekenbuchs entsprechen, und es sind ihm gegenüber nur diejenigen Einwendungen gegeben, welche durch Eintragung in das Hypothekenbuch sichergestellt sind. Soweit es sich nicht um die Beziehungen der ursprünglichen Contrahenten handelt, können daher Verhältnisse, welche der Eintragung bedürfen, keine Berücksichtigung finden, wenn sie zur Zeit, wo der Dritte handelte, nicht eingetragen waren[26]. **Nach B.G.B. erstreckt sich das Publi-**

[22] Vgl. oben § 128 Ziff. 3.

[23] H.G. § 25.

[24] Gönner, Comment. I. 280; Regelsberger § 31, B; Becher § 113. A III. 1; Samml. IV. 451, IX. 263; Bl. Erg.Bd. II. 97.

[25] Der Dritte, der nicht in gutem Glauben gehandelt hat, kann sich nicht darauf berufen H.G. § 25; Lehner, H.R. § 11, 1. Näheres s. bei Regelsberger §§ 33, 34; Bl. XXXVII. 92 ff.; Becher § 113 A II. 2; Stobbe-Lehmann § 150 Ziff. 7.

[26] Näheres s. bei Regelsberger § 33 Ziff. 2; Bl. XXXVII. 71; Becher § 113 A II. 1 und Samml. IX. 137; Bl. XLVI. 309. In dieser Beschränkung stimmt das Bayrische H.G. mit Pr. L.R. I. 20. 423 und dem Württembergischen Pf.G. Art. 72 überein. Dagegen läßt das Sächsische H.G. 6/11 1843 § 22 die gleiche Wirkung auch unter den ursprünglichen Contrahenten mit der Eintragung eintreten, während nach österreichischem Rechte eine der rechten Gewere entsprechende Verjährung entgegenstehender Ansprüche (Tabularersitzung) erforderlich ist. Exner, Publicitätsprincip 14 und 122.

citätsprincip auf den ganzen dinglichen rechtsgeschäftlichen Verkehr; es gilt zu Gunsten desjenigen, der ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt war [27]. Soweit Briefhypotheken und Briefgrundschulden in Frage kommen, wird der öffentliche Glaube auch durch den Inhalt des Hypotheken- oder des Grundschuldbriefs zerstört [28]. Die Wirkungen des Publicitätsprincips erstrecken sich nach B.G.B. nicht bloß auf das dingliche Hypothekenrecht, sondern auch auf die Forderung [29], soweit sie zur Stütze des dinglichen Anspruchs dient; nur die Sicherungshypothek bildet in letzterer Hinsicht eine Ausnahme [30]. Die einzelnen Anwendungsfälle des Publicitätsprincips sind folgende:

1. Das Hypothekenobjekt haftet dem dritten Erwerber einer Hypothek in dem Umfang, in welchem es zur Zeit der betreffenden Rechtshandlung in dem Hypothekenbuche vorgetragen war. Es erstreckt sich dieß sowohl auf die Hauptsache als auf die Nebensachen, auf die vorgetragenen rechtlichen Gebundenheiten der Sachen und die dinglichen Lasten, soweit das Hypothekenbuch zu deren Ausweise bestimmt ist. Andererseits haftet der dritte Erwerber eines Hypothekenobjekts den eingetragenen Hypothekgläubigern nur mit denjenigen Bestandtheilen, welche zur Zeit seiner Rechtshandlung als solche im Hypothekenbuche vorgetragen sind [31]. **Nach B.G.B.**

[27] Vgl. oben § 128 Ziff. 1.

[28] §§ 1140, 1157, 1192 B.G.B.

[29] Die Forderung wird insoweit geradezu als wesentlicher Bestandtheil der Hypothek erachtet und deßhalb erstreckt sich der Schutz der Oeffentlichkeit auch insoweit auf die Forderung § 1138 B.G.B. (I. E. § 1083, 1085; II. E. § 1046; R.T.V. § 1121): „Die Vorschriften der §§ 891—899 gelten für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigenthümer nach § 1137 zustehenden Einreden." Aber auch nur insoweit als die Forderung dem Hypothekrechte zur Stütze dient, wird sie von der Publicität ergriffen, weiter geht auch das B.G.B. nicht und wird daher in Folge der Publicität eine nicht bestehende Forderung nicht schlechthin als bestehend fingirt. Vgl. M. I. Bd. III. S. 602, 694—696.

[30] § 1189 B.G.B. Wie in diesem Umfange bisher die Sicherheitshypothek: Regelsberger § 43 Ziff. 5; Becher § 119, 10.

[31] H.G. § 33—40.

ist die Bestandtheilseigenschaft einer beweglichen Sache oder eines Rechtes[32] und die Zubehöreigenschaft[33] sowie die Erstreckung der Hypothek und der Grundschuld auf eine solche Sache oder ein solches Recht nicht von der Eintragung in das Grundbuch abhängig[34]; solche Bestandtheile und Zubehörungen unterliegen daher auch nicht den Wirkungen des Oeffentlichkeitsprincips. Dagegen ist die Bestandtheilsschaft eines Grundstücks[35] sowie jede dingliche Belastung[36] von der Eintragung in das Grundbuch und der Löschung abhängig und daher auch in der gleichen Weise dem Oeffentlichkeitsprincip unterworfen, wie dieß bisher der Fall war, soweit sich nicht Abweichungen daraus ergeben, daß auch für dingliche Belastungen die Eintragung künftig Entstehungsthatsache ist.

2. Ueber die Dispositionsbefugniß für Eintragungen in das Hypothekenbuch entscheidet nur der Vortrag in der II. Rubrik. Für Forderungen gegen den in der II. Rubrik als Eigenthümer Vorgetragenen können daher Hypotheken gültig eingetragen werden ohne Rücksicht darauf, ob er der wirkliche Eigenthümer ist oder nicht[37], und es werden Hypotheken, die er bestellt, dem gutgläubigen Gläubiger erworben, auch wenn er zur Zeit der Bestellung überhaupt nicht[38] oder nicht mehr Eigenthümer des Hypothekenobjekts war[39]. **Abweichend hievon kann nach B.G.B. nur derjenige Hypotheken und Grundschulden bestellen, der materiell Eigenthümer des Grundstücks ist; freilich soll die Eintragung nur dann erfolgen, wenn der Eigenthümer auch im Grundbuch als Berechtigter eingetragen**

[32] Vgl. §§ 93—95 B.G.B.; § 8 R.G.B.O.

[33] §§ 97, 98 B.G.B.

[34] Vgl. dazu §§ 93, 1120—1122 B.G.B.

[35] § 890 Abs. 2 B.G.B.; § 5 R.G.B.O.

[36] §§ 873, 875 B.G.B.; vgl. oben § 128 Ziff. 3.

[37] Vgl. dazu unten § 201, 4, 5.

[38] Auch für den Fall, daß das Folium erst eröffnet wurde: Samml. IX. 137 Bl. XLVI. 309; auch XXXVII. 40; XLV. 27, 248; XLVI. 248, 249; Samml. I. 447, VIII. 72, VIII. 183; Regelsberger § 31 Nt. 4; Becher § 113 A II. 1 Nt. 15. A. M. Samml. VIII. 4; Bl. XLVI. 221, 225, 229. — S. auch Samml. IX. 255, 367; XV. 137 über Cession einer erst am Tage der Foliumseröffnung eingetragenen ungiltigen Hypothek.

[39] H.G. § 26 Nr. 1 „Diesen Bestimmungen gemäß kann insonderheit

ist; **die vom Nichteigenthümer bestellten Hypotheken und Grundschulden unterliegen wie bisher den Wirkungen des Oeffentlichkeitsprincips**[40]. Der Umfang der Dispositionsbefugniß ist gleichfalls nur nach dem Vortrag in der II. Rubrik zu beurtheilen. Soweit hier nicht eine Beschränkung eingetragen ist, sind daher die für Forderungen an den eingetragenen Eigenthümer bestellten Hypotheken zu Recht bestehend, auch wenn die rechtliche Beschaffenheit der Sache[41] die freie Dispositionsbefugniß ausschließt. **Dieß gilt auch nach B.G.B., soweit ein relatives gesetzliches oder ein richterliches Veräußerungsverbot in Frage kommt**[42]. Der Erwerber eines Hypothekenobjekts haftet nur für die eingetragenen Hypotheken und Grundschulden; aus einem gegen den früheren Eigenthümer begründeten Titel kann Hypothekbestellung gegen den in der II. Rubrik eingetragenen neuen Erwerber nicht verlangt werden[43].

---

für Forderungen an denjenigen, welchen das Hypothekenbuch als dermaligen Eigenthümer benennt, eine Hypothek giltig eingetragen werden, wenn er auch die Sache veräußert oder einem andern übergeben hatte. Der neue Eigenthümer, welcher seinen Besitztitel nicht eintragen ließ, muß diese Hypotheken gegen sich anerkennen, und ihm bleibt bloß der Regreß gegen den Schuldner vorbehalten." Vgl. Bl. XXII. 359; XLIV. 407; XLV. 90; Samml. VIII. 4, 586.

[40] §§ 873, 875, 877 B.G.B.; § 40 R.G.B.O., D. S. z. R.G.B.O. S. 48; oben § 128 Ziff. 4.

[41] Eine derartige Dispositionsbeschränkung kommt jetzt nur bei Lehen, Familienfideicommissen und bäuerlichen Erbgütern vor; sie wird nach bayrischem Hypothekenrechte jedoch nicht in der II., sondern in der I. Rubrik vorgetragen oben § 194, 17—19.

[42] § 892 Abs. 1 Satz 2 mit § 135, 136 B.G.B.; oben § 128, 28. Bemerkenswert ist dazu aber noch die Vorschrift des § 878 B.G.B., wonach die von dem Eigenthümer gemäß § 873 B.G.B. abgegebene Erklärung über die Hypothek- oder Grundschulderrichtung nicht dadurch unwirksam wird, daß er in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist. Bezüglich der Beschränkungen infolge der Lehen-, Familienfideicommiß- und Erbgutseigenschaft vgl. Art. 61 E.G. z. B.G.B., dessen Bestimmung das bayrische Recht deckt. — Ein vertragsmäßiges Verbot zu Gunsten des Gläubigers, der Eigenthümer dürfe das Grundstück nicht veräußern oder weiter belasten, ist nichtig: § 1136 B.G.B.

[43] H.G. § 26, 3: „Dagegen kann aus einem gegen den vorigen Eigenthümer begründeten Rechte eine Hypothek gegen den neuen Besitzer, sobald dieser im Hypothekenbuche eingetragen ist, nicht mehr verlangt werden." Nach Becher § 113 Nt 50 ist § 26 Ziff. 3 H.G. keine Wirkung der Oeffentlichkeit.

3. Das Rechtsverhältniß der eingetragenen Hypotheken ist lediglich nach dem Vortrag in der III. Rubrik zu beurtheilen. Es tritt dieß in den folgenden Punkten hervor:

a. Der Eigenthümer kann einem dritten gutgläubigen Erwerber, der die Hypothek auf Grund eines lästigen Titels an sich gebracht hat, sowohl die auf die Forderung bezüglichen Einwendungen, die ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustanden, als auch sonstige Einwendungen, die ihm auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses zustehen, nur dann entgegensetzen, wenn sie aus dem Hypothekenbuche ersichtlich sind [44].

— Auch nach B.G.B. gilt dieser Satz für die Hypotheken und die Grundschulden und zwar einmal, soweit der obligatorische Vertrag auf Hypothek- oder Grundschulderrichtung in Frage kommt, und dann auch in Ansehung des dinglichen Vertrags des § 873 B.G.B. Auch eine Gebundenheit im Sinne des § 873 Abs. 2 B.G.B. ist nicht gegen den Sonderrechtsnachfolger wirksam; ist die Eintragung bereits beantragt zur Zeit der Auflassung des Grundeigenthums, so kommt § 17 R.G.B.O. in Betracht.

[44] H.G. § 26 Nr. 4. 5: „Der Schuldner kann die Einreden, welche er dem Gläubiger über die Richtigkeit einer eingetragenen Hypothekforderung entgegensetzen konnte, wider den Dritten, der die eingetragene Hypothek durch lästigen Titel und im guten Glauben an sich brachte, nur alsdann gebrauchen, wenn sein Widerspruch gegen die Forderung im Hypothekenbuche vorgemerkt ist; eben dieses gilt von der Einrede der Compensation und der Zahlung, wenn sie nicht im Hypothekenbuche bemerkt oder die Hypothek nicht gelöscht wurde." Fraglich ist, ob der Schutz der Oeffentlichkeit sich auch auf Eigenschaften der Hypothekforderung erstreckt; bejahend, soweit wesentliche Eigenschaften in Betracht kommen: D. Not.Zeit. 1874 S. 184; Bl. XLI. 324; XILVI. 342; Samml. VI. 140; XI. 68; auch IV. 495; Ztschr. f. Not. 1865 S. 92; Bl. XXXI. 126; Gönner I. 254; III. 63; Becher § 113 Nt. 53. Theilweise a. M. Regelsberger § 18 Nt. 14. A. M. Bl. XI. 222; XXXIX. 62, 64. Vgl. hiezu die §§ 1158, 1159 B.G.B., welche die Wirkungen des Oeffentlichkeitsprincips hinsichtlich der Nebenleistungen beschränken. — Darüber ob das Erforderniß der Entgeltlichkeit auch auf anderen hypothekenrechtlichen Erwerb zu erstrecken ist, vgl. Becher § 113 B, II. 3 und besonders Regelsberger § 35; Bl. XXXVII. 197—200. — Ebenso nach B.G.B. bezüglich Hypotheken und Grundschulden (bei letzterer fallen natürlich die Einreden aus der Forderung weg): §§ 1137, 1138 (I. E. § 1038—1085; II. E. § 1045, 1046; R.T.B. § 1120, 1121), 1157 (II. E. § 1064; R.T.B. § 1140) B.G.B.; nur der lästige Titel ist be-

c. Die hypothekenrechtliche Beschränkung des Gläubigers in der Dispositionsbefugniß über die Hypothekforderung ist nur nach der Eintragung zu beurtheilen. Soweit eine solche Beschränkung nicht vorgetragen ist, steht dem eingetragenen Hypothekgläubiger die freie Disposition mit den im Hyphthekengesetze bestimmten Wirkungen zu [45].

d. Als berechtigt bezüglich der eingetragenen Forderung erscheint der im Hypothekenbuch als Gläubiger Eingetragene [46] und die von ihm hierüber getroffenen Verfügungen wie Cession, Verpfändung, Rangabtretung sind dritten gutgläubigen Interessenten gegenüber wirksam, auch wenn ihm die Hypothekenforderung nicht mehr oder nicht in der eingetragenen Weise zustand, als er darüber disponirte [47]. **Abweichend hievon kann nach B.G.B. nur derjenige über eine Buchhypothek oder eine Grundschuld verfügen, der materiell Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger ist; doch soll die Eintragung der Verfügung nur dann erfolgen, wenn der Verfügende im Grundbuch als Berechtigter eingetragen ist [48]. Zur Verfügung über eine Briefhypothek ist Gläubigereigenschaft und Besitz des Hypothekenbriefs**

---

deutungslos; vgl. oben § 128, 8; jedoch erzeugt der unentgeltliche durch die Publicität geschützte Erwerb die Forderungsansprüche der §§ 816, 823 B.G.B. und der öffentliche Glaube kann auch durch den Inhalt des Hypothekenbriefs zerstört werden: § 1150 mit § 1157 B.G.B., vgl. oben Nt. 28. — Zum Ganzen vgl. besonders M. I. Bd. III. S. 694—704; 756, 757, 783—787; D. S. 219—221.

[45] Dieser Satz gilt auch entsprechend für die Hypotheken und die Grundschulden des B.G.B.: § 892 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.

[46] Als einen Anwendungsfall hebt H.G. § 26 Nr. 6 hervor, daß der Cessionar die nachtheiligen Folgen wider sich gelten lassen muß, welche aus unterlassener Eintragung der Cession entstehen. Der nicht eingetragene Cessionar hat daher gutgläubigen Interessenten gegenüber kein Rechtsmittel, wenn der Cedent nach der Cession Dispositionen über die Hypothekforderung hat eintragen lassen.

[47] Bl. XXXV. 136; Regelsberger § 36, 9; Becher § 113 S. 778. Bestritten ist, ob auch die zwangsweise Pfändung einer Hypothekforderung den Schutz der Oeffentlichkeit genießt. Hinsichtlich der Litteratur für und wider vgl. Becher § 113 Nt. 51 und Nachtr. Nr. 164.

[48] Vgl. §§ 1154^{III}, 873, 877, 1274 B.G.B.; § 40 R.G.B.O.; § 128 Ziff. 4.

erforderlich[49]. In allen Fällen kommt aber auch nach B.G.B. das Oeffentlichkeitsprincip demjenigen zu Statten, der aus einer Verfügung des eingetragenen oder im Besitze des Hypothekenbriefs befindlichen Nichtgläubigers erwirbt[50].

e. Der gutgläubige Eigenthumserwerber braucht nur solche Hypotheken und Grundschulden als rechtsgültig anzuerkennen, deren Bestand im Zeitpunkte seines Eigenthumserwerbs aus dem Hypotheken(Grund)buch ersichtlich war[51].

f. Die Hypothekforderung verliert ihre Wirksamkeit gutgläubigen Dritten gegenüber nur durch die Löschung im Hypothekenbuche[52]. Daher kann der Hypothekgläubiger mit Rechtswirkung für gutgläubige Interessenten über nicht gelöschte Hypotheken disponiren, auch nachdem der Erlöschungsgrund bereits eingetreten ist, und der Eigenthümer des Hypothekenobjekts kann auch nach Eintreten des Erlöschungsgrundes vor vollzogener Löschung keine mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehenden Rechte geltend machen, welche das Aufhören der betreffenden Hypothekforderung voraussetzen[53]. Daher kann auch gegen eine eingetragene Hypothekforderung der Lauf der Verjährung nicht beginnen, insoweit er nicht durch Protestation sicher gestellt ist[54]. **Nach B.G.B. erfolgt das rechts-**

---

[49] §§ 1154I·II· 1155 B.G.B.

[50] Vgl. die Citate der beiden vorhergehenden Noten und § 892 ff. B.G.B.

[51] Samml. XII. 255; Bl. LIV. 264; Regelsberger § 32 A; Becher § 110, 2 Nt. 16. A. M. Bl. XXXVIII. 58; XXXVII. 66—69. In der ersten Aufl. war diese Frage nicht berührt; ob auch v. Roth im Hinblick auf D. P.R. III. 535 Ziff. V mit Nt. 8 für das Bayr. Recht a. M. war, ist zweifelhaft. *Nach § 892 B.G.B. kann diese Frage nicht mehr zweifelhaft sein.*

[52] H.G. § 22: „In das Hypothekenbuch müssen . . . eingetragen werden . . . 8. der Betrag der Forderung . . . . sowie alle daran sich ergebenden Veränderungen." § 83: „Die Erlöschung einer Hypothek ist in Ansehung derjenigen, in deren Handlungen sie sich gründet, so bald wirksam, als der Erlöschungsgrund vorhanden ist. Wie ferne daraus Rechte gegen einen Dritten entstehen, ist nach den Bestimmungen des § 25 und 26 zu beurtheilen." Durch die Löschung wird aber das materielle Hypothekrecht nicht schlechthin verloren; es unterliegt nur Dritten gegenüber den Wirkungen der Oeffentlichkeit.

[53] Zur Einräumung des Ranges einer erloschenen noch nicht gelöschten Hypothek an einen anderen Gläubiger, die nach H.G. § 84 zulässig ist, bedarf es der Vernehmung des Gläubigers der ersteren Bl. XIV. 271.

[54] H.G. 32: „Gegen den Inhalt des Hypothekenbuches findet insoweit

geschäftliche Erlöschen der Hypothek und der Grundschuld erst mit der Löschung im Grundbuche[55]**, jedes sonstige Erlöschen mit Eintritt der Erlöschungsthatsache**[56]**; wird über eine Hypothek oder eine Grundschuld verfügt, obwohl deren Löschung verlangt werden kann, so ist dem Erwerber die Geltendmachung nur dann versagt, wenn ihm nicht die Oeffentlichkeit des Grundbuchs vorbehaltlich des Inhalts des Hypotheken- oder Grundschuldbriefs zu Statten kommt**[57].

g. Der Rang der eingetragenen Hypotheken und Grundschulden wird ausschließlich durch die Eintragung bestimmt in der Art, daß nur die Priorität entscheidet[58].

Gegen die Wirkungen der Publicität können sich die Betheiligten durch Eintragung einer Protestation (eines Widerspruchs)[59] schützen, welche so lange wirkt, bis sie im Hypotheken(Grund)buche gelöscht ist[60]. **Nach B.G.B. werden die Wirkungen des Publicitätsprincips auch durch einen abweichenden Inhalt des Hypotheken- oder des Grundschuldbriefs zerstört**[61].

B. Formelle Publicität. Jedem Betheiligten steht ein Recht auf Einsicht des Hypotheken(Grund)buchs und Erlangung beglaubigter Auszüge daraus zu[62]; daher kann sich auch Niemand

---

keine Verjährung statt, als dieselbe den eingetragenen Hypotheken oder darin vorgemerkten Forderungen zum Nachtheil gereichte. Daher kann die Verjährung einer im Hypothekenbuch eingetragenen Forderung, so lange sie darin nicht gelöscht oder von dem die Löschung nachzusuchen Berechtigten eine dießfallsige Protestation in dem Hypothekenbuche aufgenommen worden, nicht angefangen werden. Dagegen kommen in Ansehung der hievon verfallenen Zinse die gesetzlichen Bestimmungen über Verjährung zur Anwendung." Vgl. hieher Regelsberger § 40; Becher § 114.

[55] §§ 1183, 875 B.G.B.

[56] Ueber die einzelnen Fälle vgl. unten § 221 und Best a. a. O. II. S. 123, 124.

[57] §§ 892, 1157, 1140 B.G.B.

[58] Gönner, Comment. I. 292; Regelsberger § 94; Becher § 140. §§ 879, 880 B.G.B.; dazu s. oben § 128 zu Nt. 32. — Vgl. zum Ganzen unten § 219.

[59] Vgl. oben § 193, 41 ff.

[60] H.G. § 27—29; § 892 B.G.B.

[61] §§ 1140, 1157 B.G.B.; M. I. Bd. III. S. 756, 757; 784—787.

[62] H.G. § 24. „Jeder Besitzer einer unbeweglichen Sache, jeder darauf eingetragene Gläubiger, desgleichen jeder Andere, welcher wegen eines mit dem Besitzer oder Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses ein Interesse glaub-

auf Unkenntniß des Inhalts des Hypotheken(Grund)buchs berufen [63].

§ 199.

III. Der Grundsatz der Specialität [1].

Abweichend von den Bestimmungen des gemeinen Rechtes, das General- und Specialhypotheken unterscheidet, je nachdem das Pfandrecht sich auf das ganze Vermögen des Schuldners d. h. alle gegenwärtig und künftig zum Vermögen gehörenden Gegenstände oder nur auf einzelne bestimmte Sachen erstreckt [2], hat das neuere Deutsche Hypothekenrecht das Princip der Specialität ausgebildet [3], wonach eine Hypothek (Grundschuld) nur durch Eintragung auf bestimmte einzelne Objekte (selbständige Grundstücke) entstehen kann [4]. Diesen Grundsatz hat auch das bayrische Hypothekenrecht, **sowie das Grundbuchrecht des B.G.B.** angenommen [5]. Soll eine Hypothek

---

haft nachweiset, kann von denjenigen Stellen des Hypothekenbuches, worauf sich sein Interesse bezieht, Einsicht nehmen, oder auch beglaubigte Auszüge derselben erlangen. Jedem Andern ist ohne Einwilligung des Eigenthümers der Sache die Einsicht nicht zu gestatten." Samml. XII. 130; XIV. 622; Bl. LIII. 316, LVIII. 245. Auch Gerichte und Notare können in amtlicher Eigenschaft, die Rentämter zum Zwecke der Veranlagung der Capitalrentensteuer Einsicht nehmen. Vgl. Becher § 112 Ziff. 4; Nachtr. Nr. 159. — Regelsberger §§ 22; Becher §§ 112. — §§ 11, 93 R. G. B. O.

[63] H.G. § 25: „Auch kann Niemand die Unwissenheit dessen, was im Hypothekenbuch eingetragen ist, zu seinem Vortheile anführen." Regelsberger § 32; Becher § 113 B; Bl. XXXVIII. 58; XLVIII. 22; LII. 290; Samml. IX. 263; XIV. 506; XV. 348; d. Not.Zeit. 1874 S. 183.

[1] Regelsberger, H.R. § 28; Exner, H.R. § 5; Becher § 117; Stobbe-Lehmann § 148 Ziff. 9.

[2] Ueber den Begriff der Generalhypothek vgl. Windscheid § 228; Regelsberger, H.R. 28, 1; Becher § 95, II. Mit Recht wird hervorgehoben, daß die Terminologie ungenau sei, indem das, was wir Generalpfandrecht nennen, nur die Bedeutung von Specialpfandrechten habe, die durch eine Generalverpfändung constituirt sind.

[3] Allgemein wurde dieser Grundsatz zuerst in dem Preußischen Landrecht aufgestellt, indem dieses die in der H.O. von 1783 noch erhaltenen Generalhypotheken ganz beseitigte Förster Eccius § 191, 21. In Oesterreich waren die Generalpfandrechte schon vor Erlaß des A.B.G.B. durch Specialgesetze aufgehoben Exner, H.R. § 5, 8. Auch das B. G. B. kennt kein Generalpfandrecht; vgl. M. I. Bd. III. S. 597, 598.

[4] Vgl. Roth, b. P.R. § 297 Nt. 4.

[5] § 11 H.G. „Die Eintragung in das Hypothekenbuch aber kann niemals

(Grundschuld) auf mehreren selbständigen Objekten des Schuldners bestellt werden, so ist sie als ungetheilte Hypothek (Grundschuld) einzutragen (Correalhypothek, Simultanhypothek, Gesammthypothek)[6]. Das Princip der Specialität erstreckt sich auch auf die Forderung, indem die Eintragung nur für eine bestimmte Summe geschehen darf[7]. Für Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet sind, muß daher ein Anschlag in Geld getroffen[8] und für Forderungen, deren Betrag zur Zeit nicht bekannt ist (Sicherheitshypothek, Cautionshypothek), muß eine Maximalsumme angegeben werden[9]. Auf den Hypothekentitel erstreckt sich das Princip der Specialität nicht[10].

---

anders als für eine der Summe nach bestimmte Forderung auf bestimmte Immobilien geschehen. Jede wirklich erworbene Hyopthek muß demnach eine Specialhypothek sein." Bezüglich des B.G.B. vgl. schon oben § 128 Ziff. 2.

[6] Zu unterscheiden davon sind die Verbandhypotheken, bei welchen zum Zwecke der Hypothekbestellung mehrere selbstständige Grundstücke zu einer Grundstückseinheit verbunden werden Meibom, H.R. § 15, 7. Dürrschmidt, zur Lehre von den Verbandhypotheken des deutschen Rechts, Augsburg 1856 und Becher § 145 nennen die Correalhypotheken Verbandhypotheken und die Verbandhypotheken im vorbezeichneten Sinne Einheitshypotheken. Vgl. auch Regelsberger §§ 58, 59, der die Correalhypotheken Gesammthypotheken nennt. Die Gesammthypothek ist auch dem B.G.B. bekannt: § 1132 B.G.B., ebenso die Einheitshypothek § 890 B.G.B.; § 5 R.G.B.O.

[7] H.G. § 11; Regelsberger H.R. § 28. II; §§ 1115 Abs. 1, § 1192 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 637. — Eine Abschwächung des Specialitätsprincips enthält § 1115 Abs. 2; § 1118 B.G.B. Vgl. dazu Reatz S. 542 Nt. 5.

[8] Regelsberger, H.R. § 28. II. 2a; Becher § 117, IV. 2; § 1113 („Geldsumme"), § 1115 („Geldbetrag der Forderung") B.G.B.

[9] Vgl. unten § 203, 5; § 1190 B.G.B. Die Sicherheitshypothek des B.G.B. (§ 1190) ist eine Unterart; über beide s. unten § 202a der Sicherungshypothek des B.G.B. (§ 1184),

[10] Regelsberger § 28, 5; Becher § 117, II.

Abschnitt 4.

Entstehung der Hypothek und der Grundschuld.

Abtheilung 1.

Allgemeine Voraussetzungen.

§ 200.

I. Das Objekt der Pfandbestellung.

Eine Hypothek oder eine Grundschuld kann nach bayrischem Hypothekenrecht und deutschem Grundbuchrechte nur an einem Gegenstande bestellt werden, für welchen ein Folium im Hypotheken(Grund)-buch eröffnet [1] ist. Voraussetzung ist, daß er dem Verkehre nicht entzogen ist, was sich aus der Eintragung in das Hypotheken(Grund)-buch von selbst ergiebt [3]. Eintragungsfähig sind nur unbewegliche Sachen und solche Rechte, welche den Immobilien gleich geachtet sind [4]. Der Begriff der Unbeweglichkeit bestimmt sich nach allgemeinen civilrechtlichen Regeln. Hypothekenobjekte sind demnach:

1. Der Grund und Boden [5] mit allen seinen Bestandtheilen [6], namentlich dem, was sich von Natur in dem Boden befindet [7], was über dem Boden in organischer Verbindung mit ihm steht [8] und was in dem Boden festgebaut ist [9]; **nach B.G.B. der Grund**

---

[1] Regelsberger, H.R. § 44; B.G.B. § 873; R.G.B.O. §§ 3, 4. Vgl. oben § 194, 9 und § 194, II. Dieß gilt nach B.G.B. auch für solche Grundstücke, die nach § 90 R.G.B.O. nicht buchungspflichtig sind, soweit nicht die Art. 57—59 E.G. z. B.G.B. entgegenstehen.

[2] Regelsberger, H.R. § 45, 2. 3; Becher § 120 Nr. 4.

[3] Dem Verkehr entzogene Sachen werden, so lange dieses Verhältniß dauert, in die Hypothekenbücher nicht eingetragen Roth, B. P.R. § 259, 6. Die Frage, ob Eisenbahnen verpfändet werden können, ist zu bejahen Regelsberger, H.R. § 45, 7; B. Not.Zeit. 1874 S. 183; Stobbe, D. P.R. II. 366; Stobbe-Lehmann § . . . ; vgl. dazu Art. 112 E.G. z. B.G.B.; § 90 R.Gr.B.O.

[4] H.G. § 3; vgl. oben § 194, II.

[5] Dernburg Hinrichs § 16 Nr. 3; Müller, Pf.R. § 33, 2.

[6] Ueber die Unterscheidung der Bestandtheile von den Pertinenzen vgl. oben § 56, 11.

[7] Vgl. oben § 50, 12; § 905 Satz 1 B.G.B.

[8] Vgl. oben § 50, 13.

[9] Vgl. unten § 208, 11.

und Boden mit seinen wesentlichen Bestandtheilen[10].

2. Rechte, insofern sie den Immobilien gleich geachtet werden[11], fruchtbringend, dinglich und selbstständig veräußerlich sind und mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen[12]. Dahin gehören namentlich Fischereirechte[13], Bodenzinse[14], das Bergwerkseigenthum[15], dingliche Erwerbsrechte[16], das Platzrecht[17], nicht aber Personal-[18] und Prädialservituten[19], Hypothekenforderungen[20] und die mit dem Leben des Berechtigten erlöschenden Reallasten[21].

---

[10] §§ 93, 94. 95 B.G.B.

[11] Voraussetzung ist, daß ihnen ein besonderes Folium eröffnet ist vgl. oben Nt. 4. Es sind somit die als Bestandtheile oder Pertinenzen eines Immobiles erscheinenden Rechte von der selbstständigen Hypothekbestellung ausgeschlossen unten nach Nt. 25.

[12] H.G. § 3.

[13] Gönner, Comment. I. 118; ebenso früher das Jagdrecht Gönner, Comment. I. 118, das aber nach neuerem Rechte nicht mehr ein selbstständiges Hypothekenobjekt sein kann; Becher § 120, Nt. 5.

[14] Gönner, Comment. I. 119.

[15] Berggesetz Art. 88. Es bildete dieß schon nach früherem Rechte ein Hypothekenobjekt Graf, Comment. III. 2.

[16] Nach früherem Rechte war die Verpfändung der Realrechte verboten, durch spätere Gesetze jedoch ausdrücklich gestattet Lehner, H.R. § 22 Nr. 3, Graf, Comment. III. 2. Bekanntlich sind sie durch die neue Gewerbegesetzgebung fast ganz entwerthet, so daß sie zu Hypothekenobjekten kaum mehr dienen werden. Vgl. dazu Becher § 120 Nt. 8.

[17] Z. f. G.G. R.Pfl. VIII. 76. Regelsberger § 46 II. 1. Nach bayrischem Rechte ist der Superficiar nicht nutzungsberechtigt, sondern Miteigenthümer oben § 135, 56, nicht aber nach preuß. Rechte Förster Eccius, P. P.R. § 188, 190 f.

[18] Gönner, Comment. I. 120. Diesen fehlt die Voraussetzung, daß sie mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen.

[19] Diesen fehlt die Selbstständigkeit, da sie von dem herrschenden Grundstücke nicht getrennt werden können, oben § 178 Nt. 35; sie können daher nicht Gegenstand der Hypothekbestellung sein.

[20] Da nach bayrischem Rechte die Hypothek nur accessorisch dinglich ist, so kann sie auch nicht als Hypothekenobjekt dienen. Gönner, Comment. I. 118 nimmt das gleiche für das Ewiggeld der Stadt München an, weil es ein Mittelding zwischen Rentenkauf und Anlehen sei; diese Motivirung scheint mir der Begründung zu entbehren. Indessen wurde in Bayern das Ewiggeld von jeher mit dem Pfandrecht auf eine Linie gestellt und in der Praxis ist daher die Gönnerische Ansicht angenommen vgl. oben § 189 Nt. 123 S. 185.

[21] Regelsberger, H.R. § 46. II. Das Ewiggeldrecht, obwohl den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechend, wird von der Bayrischen Praxis als Hypothekobjekt nicht zugelassen. Vgl. oben Nt. 20.

Nach B.G.B. ist außer den Grundstücken nur das Erbbaurecht fähig, Gegenstand einer Hypothek oder einer Grundschuld zu sein[22].

3. Mobilien und die ihnen gleichstehenden Rechte sind nicht Gegenstand selbstständiger Hypothekenerrichtung, sondern können nur in ihrer Eigenschaft als Pertinenzen eines Hypothekenobjekts von den darauf eingetragenen Hypotheken ergriffen werden[23]; **das Gleiche gilt nach B.G.B.; nur als Bestandtheile oder als Zubehörstücke können bewegliche Sachen von der Hypothek und der Grundschuld ergriffen werden**[24].

Die Hypothekenbestellung kann auf das Hypothekenobjekt nur als einheitliches Ganzes erfolgen. Daher können nicht reell getrennte Theile eines Immobiles nicht gesondert verpfändet werden[25] und ebensowenig sind dingliche Rechte, welche aktiv mit einem Immobile verbunden sind, solange diese Verbindung dauert, Gegenstand selbstständiger Hypothekbestellung. Auch kann der Eigenthümer ideelle Theile eines Hypothekenobjekts gesondert nicht verpfänden[26]. Da-

---

[22] § 1017 B.G.B.; auch arg. § 1273 B.G.B.; § 7 R.G.B.O. M. I. Bd. III. S. 633; Best S. 18, 19. Jedoch kann nach Art. 196 E.G. z. B.G.B. durch Landesgesetz bestimmt werden, daß auch an sonstigen vererblichen und übertragbaren, an Grundstücken bestehenden Nutzungsrechten Hypotheken und Grundschulden bestellt werden können. Vgl. auch Art. 63 (Erbpachtrecht), Art. 67 (Bergrecht), 68 (nicht bergrechtliches vererbliches und veräußerliches Mineralrecht) E.G. z. B.G.B. und § 84 R.G.B.O.

[23] § 34 H.G. Bl. XXII. 186; XII. 85; Samml. I. 182; II. 473; Regelsberger § 10; Gönner I. 109—112; Becher § 95, IV. A. M. Bl. XXV. 10, 23.

[24] Vgl. §§ 1120, 1121 B.G.B.

[25] H.G. § 120. Instr. § 12 Ziff. I. Vgl. dazu Samml. XIV. 711; M. I. Bd. III. S. 633; Best. S. 19.

[26] Gemeinrechtlich kann die Befugniß des Eigenthümers, den ideellen Theil eines Objekts zur Hypothek zu bestellen, nicht bezweifelt werden; s. gegen die abweichende Ansicht von Bremer, Hypothek und Grundschuld 32 die Ausführung von Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs 63, 130; Windscheid § 226a, 3; Römer, Pf.R. § 22, 14. Nach Bayrischem Rechte dagegen ist der Satz im Texte anzunehmen; die Bestimmungen des H.G. § 33, daß sich die Hypothek als dingliches Recht auf die ganze Sache und alle Theile erstreckt, und des H.G. § 120, daß die Verpfändung einzelner Bestandtheile eines Gutscomplexes die Errichtung eines eigenen Foliums im Hypothekenbuche voraussetzt, schließt die Verpfändung des ideellen Theils eines Hypothekenobjekts durch den Alleineigenthümer aus, wie dieß auch bisher in der Praxis als zweifellos gehalten wurde und auch den Landesrechten entspricht, welche die

gegen ist dem Miteigenthümer die Verpfändung seines ideellen Antheils an dem Hypothekenobjekte gestattet[27].

Hypothekenobjekte können unbewegliche[28] und bewegliche[29] Pertinenzen haben; auch Rechte können in eine derartige Verbindung zu einem Hypothekenobjekte gebracht werden[30]. Die Pertinenzen können gesetzliche oder durch Privatdisposition bestimmte sein; durch

---

Grundstückseinheit angenommen haben. Ebenso Becher § 120 Nt. 13. A. M. (?) Regelsberger, H.R. § 44, 5. § 1114 B.G.B. (R.T.V. § 1097; II. E. § 1023; I. E. § 1068) sagt ausdrücklich: „Ein Bruchtheil eines Grundstückes kann mit einer Hypothek (oder Grundschuld: § 1192) nur belastet werden, wenn er in dem Antheil eines Miteigenthümers besteht.“ Vgl. dazu M. I. Bd. III. S. 639—640; Reatz S. 542 Nt. 3; Best S. 19, 20.

[27] Das Bayrische Hypothekengesetz enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Es ist daher auch bestritten, ob ein Miteigenthümer auf seinen Antheil eine Hypothek bestellen kann. Gegen die Zuläßigkeit erklären sich A.E. 29/2 1856 und 6/5 1857 Arends V. 184; Sammlg. IV. 164, und Roth, Bayr. C.R. (1) § 188, 40; für die Zuläßigkeit unter Voraussetzung der Anlegung eines besonderen Foliums Lehner, H.R. § 28 und Jungermann, Handbuch 167; für die Zuläßigkeit ohne diesen Vorbehalt Gönner, Commentar I. 125. II. 400; Becher § 120 Ziff. I. 3. Bl. VI. 270; XXXV. 161; Sammlg. II. 1. Viel weiter gehen Regelsberger in Bl. XXXVIII. 241—245. 257—261 und H.R. § 44, 5 und Sammlg. IX. 32 (?), indem sie nach Bayrischem Rechte die Hypothekerrichtung auf einem Bruchtheile des Hypothekobjekts überhaupt für zuläßig erachten. Nach B.G.B. § 1114 (s. Nt. 26) ist die Zuläßigkeit der Hypothek- und der Grundschuldbestellung an dem Antheil eines Miteigenthümers anerkannt. M. I. Bd. III. S. 638, 639. Dagegen kann ein Miteigenthümer nicht einen Bruchtheil seines Antheils verpfänden: M. I. Bd. III. S. 640; gehört mehreren zusammen ein Bruchtheil, so kann jeder seinen Antheil hieran verpfänden.

[28] H.G. § 34. 36. Vielfältig beruht die Bezeichnung als Pertinenz auf einer Verwechslung mit Bestandtheil Wächter, Erörterungen I. 37; Regelsberger, H.R. § 47. I. 1. Jetzt bildet da, wo die Geschlossenheit der Grundbesitzungen aufgehoben ist, die Gesammtheit der auf dem Hypothekenbuchblatt eingetragenen Bestandtheile eines Grundstückkörpers eine Einheit. Indessen kann die Eigenschaft als Immobiliarpertinenz noch von Bedeutung sein für Grundstücke, die in einem anderen Hypothekenbuchsbezirke liegen als demjenigen, in welchem das Hypothekenbuchblatt angelegt ist, indem hier für Immobiliarpertinenzen ein besonderes Hypothekenbuchblatt angelegt wird Bayern H.G. §§ 121. 123.

[29] § 34 H.G.

[30] Regelsberger, H.R. § 16, 9.

Privatdisposition können aber bewegliche Sachen zu Pertinenzen nur dann erklärt werden, wenn sie mit der hypothecirten unbeweglichen Sache oder dem gesetzlich bestehenden Realrecht in einer wesentlichen Verbindung stehen[31]. Unbewegliche Pertinenzen und Gerechtigkeiten bedürfen immer der Eintragung[32]; bei beweglichen Pertinenzen ist dieß nur hinsichtlich der gewillkürten, nicht hinsichtlich der gesetzlichen vorgeschrieben[33]. Die Pertinenzen werden durch die Vereinigung in der Art Theile der Hauptsache, daß die Rangordnung der auf die Hauptsache eingetragenen Hypotheken auch für sie entscheidet[34]. Die Vereinigung dauert bei unbeweglichen Pertinenzen bis zur Abschreibung; dagegen hört sie bei beweglichen Pertinenzen mit der Trennung und Veräußerung an einen Dritten auf[35]. **Nach B.G.B. können nur bewegliche Sachen Zubehörungen sein; der Begriff der gewillkürten Pertinenz ist dem B.G.B. fremd, es kennt nur gesetzliche Zubehörungen; auf diese erstreckt sich die Hypothek und die Grundschuld immer und nur dann, wenn sie in das Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks gelangt sind**[36].

Der Eigenthümer ist in der Belastung des Objekts nicht beschränkt[37].

---

[31] § 34 H.G. Ueber den Begriff „wesentliche Verbindung" und die hiezu gehörige Litteratur vgl. Becher § 61, 2 a.

[32] Vgl. oben § 194 Nt. 15 und § 22 Ziff. 3 H.G. Liegen sie in einem anderen Hypothekenamtsbezirk als die Hauptsache, so müssen sie in jenem ein sog. Schutzfolium erhalten: §§ 121, 123 H.G.; Becher § 99 E II. 1.

[33] § 34 H.G. Jedoch können die gesetzlichen Pertinenzen eingetragen werden: Bl. LII. 268.

[34] Bewegliche Pertinenzen werden mit der Vereinigung von der Pfandverbindlichkeit der Hauptsache ergriffen Dernberg, Pr. P.R. I. § 329 Nr. 4; Bl. XXII. 186. XXXIV. 128. Dasselbe gilt von Immobiliarpertinenzen, wenn sie unbelastet mit einem Hypothekenobjekte vereinigt werden H.G. § 33. Nach H.G. § 36 ist Zuschreibung von Immobiliarpertinenzen überhaupt nur zuläßig, wenn sie unbelastet sind. Vgl. auch unten § 210 Nt. 8 ff.

[35] Vgl. unten § 208, 7 ff.

[36] §§ 97, 98, 1120 (R.T.B. § 1103, II. E. § 1029; I. E. § 1067) B.G.B.

[37] Nicht richtig ist die Angabe von Meibom, H.R. § 17, 13, daß nach Bayrischem Hypothekenrechte die Belastung einen bestimmten Bruchtheil des Werthes nicht überschreiten dürfe. Die Bestimmung des H.G. § 132 ist nicht dahin aufzufassen, daß die Constituirung des Pfandrechts nur im Umfange des amtlich zu ermittelnden Werthbetrags zuläßig sei, vgl. Gönner, Comment. II. 195 f. Das B.G.B. bestimmt ebenfalls keine Belastungsgrenze, läßt aber in Art. 117 E.G. z. B.G.B. landesgesetz-

§ 201.

II. Das Recht des Bestellers.

Zur rechtsgiltigen Entstehung einer Hypothek ist erforderlich, daß der Schuldner, gegen den sie gerichtet ist, als Eigenthümer im Hypothekenbuch eingetragen ist. Nur der hier als Eigenthümer Vorgetragene kann giltig eine Hypothek auf das betreffende Objekt bestellen und nur die gegen ihn gerichteten Rechtstitel können die Grundlage einer Hypothekbestellung gegen ihn abgeben [1]. Hypothekerrichtung gegen denjenigen, der nicht als Eigenthümer im Hypothekenbuch eingetragen ist, ist unzuläßig. Bestritten ist nach dem geltenden Rechte, ob für die Errichtung einer Hypothek das Convalescenzprinzip anzunehmen sei, ob also die von dem nicht eingetragenen Eigenthümer bewilligte Bestellung bei dessen nachträglicher Eintragung als Eigenthümer in Wirksamkeit trete [2]. Nach bayrischem Hypothekenrecht ist die Convalescenz anzunehmen [3]. Für die Errichtung ist der im Hypothekenbuch als Eigenthümer Vorgetragene legitimirt, auch wenn er in Wirklichkeit zur Zeit der Errichtung nicht mehr Eigenthümer war [4], und die auf Grund dieser Legitimation geschehenen Einträge sind für Dritte, die in gutem Glauben Rechte darauf begründen, wirksam [5]. **Nach B.G.B. ist zur Hypothek- und zur Grundschulderrichtung Abschluß des dinglichen Vertrags und Eintragung in das Grundbuch erforderlich; der dingliche Vertrag kann rechtswirksam nur von dem wirklichen Eigenthümer abgeschlossen werden, nicht vom bloßen Bucheigenthümer [5a]; deßhalb ist auch die Ein-**

---

liche Vorschriften, welche solche Belastungsgrenzen enthalten, unberührt. Ueber solche landesgesetzliche Vorschriften vgl. Roth, d. Pr.R. § 298 Nt. 45 ff.

[1] H.G. § 14, 1, § 26, 1.

[2] Gemeinrechtlich convalescirt das Pfandrecht, das der Besteller an einer fremden Sache eingeräumt hat, dadurch, daß der Besteller Eigenthum daran erwirbt Windscheid § 230. 7. — Für das preußische Recht vgl. Roth, d. Pr.R. § 299 Nt. 5.

[3] Regelsberger, H.R. § 52, 6; Becher § 122 B III. Theilweise a. M. Gönner I. 220.

[4] Vgl. jedoch auch Regelsberger § 52 II. und Becher § 122 B II., die annehmen, der Bucheigenthümer müsse auch materieller Eigenthümer sein, andernfalls das Hypothekenamt den definitiven Eintrag abzulehnen habe.

[5] Vgl. oben § 198 Ziff. II.

[5a] Dem Bucheigenthümer steht allerdings die Vermuthung des § 891 B.G.B. zur Seite.

tragung des Bestellers als Eigenthümers im Grundbuche nicht materielle nothwendige Voraussetzung der Entstehung der Hypothek und der Grundschuld; es soll nur deren Eintragung nicht erfolgen, wenn der Besteller nicht als Eigenthümer eingetragen ist. Freilich unterliegt auch nach B.G.B. die von dem Bucheigenthümer, der nicht materieller Eigenthümer ist, bestellte Hypothek oder Grundschuld dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs[6]. Voraussetzung ist ferner, daß der Eigenthümer handlungs(geschäfts)fähig und veräußerungsfähig[7] und daß er insbesondere nach dem Vortrag im Hypothekenbuch über das Objekt zu verfügen befugt ist[8]. Verfügungsfähig im letzteren Sinn ist der im Hypothekenbuch eingetragene Eigenthümer, für den sich nicht aus dem Vortrag im Hypothekenbuch eine Dispositionsbeschränkung ergibt[9]. Eine solche kann beruhen auf der rechtlichen Beschaffenheit der Sache, einer persönlichen Beschränkung des Schuldners oder auf entgegenstehenden Rechten Dritter und kann durch Gesetz, richterliche Verfügung oder Vertrag begründet sein. **Nach B.G.B. kommen nur gesetzliche und richterliche Verfügungsbeschränkungen in Betracht; eintragungsfähig sind und dem Oeffentlichkeitsprinzip unterliegen aber nur die zu Gunsten einer bestimmten Person wirkenden, nicht die allgemeinen Verfügungsbeschränkungen; letztere wirken auch ohne Eintragung selbst gegen den gutgläubigen Dritten**[10]. Die Dispositionsbeschränkungen sind außerdem zu unterscheiden, je nachdem sie jeder oder nur der freiwilligen Hypothekbestellung entgegenstehen.

---

[6] §§ 873, 892 B.G.B. Vgl. oben § 128 Ziff. 1.

[7] Die persönliche Handlungs(Geschäfts)fähigkeit ist allgemeine Voraussetzung; eine Beschränkung dieser bedarf nicht der Eintragung im Hypotheken(Grund)-buche Gönner, Commentar II. 229; III. 44; Bl. VIII. 92; Regelsberger § 17 Nt. 26; Becher § 122 B Nt. 40. Vgl. dazu die §§ 104 ff. B.G.B.

[8] Der Eintragung bedürfen nur solche Dispositionsbeschränkungen, welche in einem Mangel des Rechtes an dem Grundstücke beruhen, vgl. Regelsberger § 17 E; Becher § 122, IV.

[9] Ueber die Eintragung der Dispositionsbeschränkungen vgl. oben § 194, 64 ff.; Regelsberger, H.R. § 53, 1; Becher § 122 B. §§ 892 Abs. 1 B.G.B.

[10] Vgl. § 892 Abs. 1, §§ 135—137 B.G.B. oben § 128 Nt. 28 und dazu besonders auch § 1136 B.G.B.

A. Allgemeine Dispositionsbeschränkungen.

I. Rechtliche Beschaffenheit der Sache. Lehen, Familienfideicommisse und landwirthschaftliche Erbgüter sind durch diese Eigenschaft der freien Disposition des Inhabers entzogen und können nur unter den in den betreffenden Specialgesetzen bestimmten Voraussetzungen verpfändet werden [11]. Die besondere Eigenschaft des betreffenden Objekts muß daher im Hypothekenbuch in der I. Rubrik eingetragen werden [12]. Zur freiwilligen Verpfändung von Lehen ist lehensherrlicher Consens erforderlich, der nur auf bestimmte Zeit und nur bis zur Hälfte des Werthes ertheilt wird [13]; außerdem ist der Consens der Lehensfolger erforderlich [14]. Zur Verpfändung von Fideicommißgütern ist immer Genehmigung des zuständigen Gerichts und, je nachdem eine Fideicommißschuld erster oder zweiter Classe constituirt werden soll, die Vernehmung oder die Zustimmung der Anwärter erforderlich [15]. Zur Verpfändung landwirthschaftlicher Erbgüter ist Zustimmung der vorhandenen Anerben erforderlich, insofern die Verfügung den durch das Gesetz bestimmten Werthbetrag überschreitet [16].

Das B.G.B. läßt diese Vorschriften unberührt; jedoch finden unter allen Umständen die Grundsätze über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs Anwendung [17].

II. Gesetzliche Dispositionsbeschränkungen.

1. Dotalgrundstücke, welche nach Dotalrecht in das Eigenthum des Ehemanns übergehen, können regelmäßig während der Dauer der Ehe nicht veräußert, also auch nicht verpfändet werden [18]. Insoweit dieß der Fall, steht dieses Verbot sowohl der freiwilligen als der gesetzlichen Verpfändung entgegen; anderseits aber doch blos der freiwilligen Verpfändung in denjenigen Rechtsgebieten, in denen

---

[11] H.G. § 8; Regelsberger § 54 Nr. 1; Becher § 122 B, IV. 1 a.

[12] H.G. § 22, 2 und § 131. Erbgütergesetz Art. 3 Nr. 3. Vgl. oben § 194, 17 f.

[13] Vgl. unten § 245, 11.

[14] Vgl. unten § 245, 13.

[15] Fid. Ed. §§ 52. 57. 61.

[16] Erbgütergesetz 22|2 55 Art. 6. Die im H.G. § 12 aufgeführten gesetzlichen Rechtstitel können hiernach gegen Erbgüter nicht geltend gemacht werden.

[17] Art. 59, 61 E.G. z. B.G.B.

[18] Vgl. oben § 73, 67, 70.

die Frau für die Schulden des Mannes haftet[19]. Nach einzelnen Statuten steht dem Manne an den Dotalsachen überhaupt nur ein Verwaltungsrecht zu, das ihm gestattet, die Dotalgrundstücke mit der Einwilligung der Frau zu veräußern[20]. **Nach B.G.B. bleibt das eingebrachte Gut Eigenthum der Ehefrau; sie unterliegt aber in Ansehung der Verpfändung einer vom Oeffentlichkeitsprinzipe nicht betroffenen Verpfändungsbeschränkung zu Gunsten des Ehemanns[21]. Ein zum Gesammtgute gehöriges Grundstück kann der Ehemann nur mit Zustimmung der Ehefrau verpfänden; doch greifen hier die Wirkungen des Oeffentlichkeitsprinzips Platz[22].**

2. Ist eine Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, so kann, wenn dieser Umstand in der II. Rubrik eingetragen ist[23], auf den dazu gehörigen Immobilien keine Eintragung zum Nachtheile der Erbschaftsgläubiger vorgenommen werden[24]. Diese Dispositionsbeschränkung erstreckt sich auf die gegen die Erbmasse begründeten gesetzlichen Hypothekentitel[25], auf den gesetz-

[19] So Roth, b. Pr.R. § 299 Nt. 12 gegen b. C.R. 1. Aufl. § 188 Nt. 62 im Anschluß an Regelsberger § 56 I. 2.

[20] Vgl. oben § 73 Nt. 71.

[21] §§ 1395, 1404, 1525 II, 1550 II B.G.B.

[22] §§ 1438 III, 1445, 1449, 1519 II, 1559 B.G.B. Hier besteht ein dem § 1404 B.G.B. ähnlicher Rechtssatz. — Dieser Grundsatz gilt entsprechend auch für das Gesammtgut bei fortgesetzter Gütergemeinschaft: §§ 1487, 1557 B.G.B.

[23] Lehner, H.R. § 42, 5 und § 170. Sind die Objekte auf den Beneficialerben ohne Erwähnung dieses Umstandes umgeschrieben, so steht ihm freie Verfügung zu. Nicht begründet scheint mir die Meinung von Lehner, H.R. § 42 Nr. 1, daß, solange die Erbschaft nicht angetreten ist, eine Hypothek auf den dazu gehörigen Immobilien überhaupt nicht eingetragen werden könne, da die H.G. §§ 109 und 110 vorgeschriebene Vernehmung des Schuldners bei der Eintragung auf Grund gesetzlicher Rechtstitel durch Vernehmung des Vertreters der ruhenden Erbschaft ersetzt wird. Auch Gönner, Comm. I. 559 hält die Eintragung von Hypotheken aus gesetzlichen Titeln bei ruhender Erbschaft nicht für zuläßig, weil ungewiß sei, ob nicht Conkurs ausbrechen werde. Vgl. dazu Regelsberger § 84 zu Nt. 10; Becher § 122 Nt. 35.

[24] H.G. § 75: „Nach dem Antritt einer Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars kann wegen Schulden einer Erbschaft auf die zu derselben gehörigen Immobilien eine Hypothek zum Nachtheil der übrigen Erbschaftsgläubiger nicht mehr eingetragen werden; wäre sie aber dennoch eingetragen, so verliert sie in Ansehung der Erbschaftsgläubiger alle Wirkung, wenn die Erbschaftsmasse zur Befriedigung sämmtlicher Erbschaftsgläubiger nicht zureicht."

[25] Sie ist auf diese zu beschränken, da freiwillige Hypothektitel für den

lichen Hypothekentitel der Vermächtnißnehmer und der Gläubiger der Erbschaft [26] und auf die gesetzlichen und freiwilligen gegen den Beneficialerben begründeten Hypothekentitel [27]. Die gegen diese Bestimmung vorgenommene Eintragung ist nicht absolut nichtig, sondern sie verliert nur ihre Wirksamkeit, wenn die Erbschaftsmasse zur Befriedigung aller Gläubiger nicht hinreicht [28]. **Nach B.G.B. dient zwar der Nachlaß lediglich zur Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten; jedoch haben die Verpfändungen, welche der Erbe nach dem Erbfalle vornimmt, den Nachlaßgläubigern gegenüber selbst dann Wirkung, wenn der Erbe nachher die beschränkte Haftung geltend macht** [29].

III. Veräußerungsverbote. Vertragsmäßige und testamentarische Veräußerungsverbote hindern die Verpfändung nur, wenn sie in das Hypothekenbuch eingetragen sind [30]; **nach B.G.B. sind sie nicht einmal eintragungsfähig** [31]. Richterliche Veräußerungsverbote stehen jeder Verpfändung entgegen [32]. Ein solches kann erlassen werden in Folge einstweiliger Verfügung oder Verfügung eines Arrestes [33], dann zum Behufe der Zwangsvollstreckung durch Beschlagnahme des Hypothekenobjekts [34] und wird mit der Conkurseröffnung verfügt [35]. Die Einschreibung der Beschlagnahme in das

---

Erblasser nach seinem Tod überhaupt nicht entstehen können. Dagegen steht der Verwandlung der bei seinen Lebzeiten vollzogenen Vormerkungen in eine definitive Eintragung nichts entgegen, wenn die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Lehner, H.R. § 42 Nr. 6.

[26] Diese haben nach H.G. § 12 Nr. 8 einen gesetzlichen Hypothektitel.

[27] Lehner, H.R. § 66; Regelsberger § 54 zu Nt. 11.

[28] H.G. § 75 oben Note 24.

[29] Vgl. die §§ 1978, 1984^I, 1990, 1991^I, 1992 B.G.B., auch §§ 1984 Abs. 2 B.G.B.; §§ 6, 21 ff., 98, 205 d, R.C.O. (Anl. z. D. S.).

[30] Vgl. oben § 141.

[31] Vgl. oben Nt. 10.

[32] Regelsberger, H.R. § 54 Nr. 3; Becher § 122 B, IV. 1 b. § 136 B.G.B.

[33] D. C.Pr.O. §§ 811. 813. 817; Art. 32 b. A.G. z. R.C.P.O. „Ein in einer einstweiligen Verfügung enthaltenes Verbot der Veräußerung, Belastung oder Verpfändung einer unbeweglichen Sache wirkt gegen Dritte vom Zeitpunkte der Eintragung im Hypothekenbuche an." Vgl. dazu Becher § 122 Nt. 37; Regelsberger § 54 zu Nt. 15. § 892 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.

[34] Art. 7, 33 Subh.Ordn. Vgl. dazu Becher § 122 B IV. 1 b a; Regelsberger § 54 zu Nt. 15. §§ 19, 23 R.Subh.Ordn. mit § 136 B.G.B.

[35] D. Conk.O. §§ 5. 6. 12. 98; Art. 33 b. A.G. z. R.C.P.O. Regels-

Hypothekenbuch hindert aber gegenwärtig nur die definitive, nicht die vormerkungsweise Eintragung von Hypotheken[36], während durch die Eintragung des Konkurseröffnungsbeschlusses hinsichtlich Verfügungen des Gemeinschuldners völlige Foliensperre eintritt[37].

IV. Entgegenstehende Rechte Dritter und zwar

1. Rechte Dritter, die mit dem Erwerbstitel gegeben sind. Solche sind

a. der Eigenthumsvorbehalt. Ueber die rechtliche Bedeutung des Eigenthumsvorbehalts sind die Meinungen getheilt, indem die einen darin eine Suspensivbedingung[38], die andern eine Resolutivbedingung sehen[39] und eine dritte Meinung damit nur einen Pfandrechtsvorbehalt gegeben sein läßt[40]. Für das Hypothekenrecht kann die Auffassung des Eigenthumsvorbehalts als Suspensivbedingung nicht in Betracht kommen, da die Suspendirung des Eigenthumsüberganges die Eintragung des Erwerbers in das Hypothekenbuch ausschließt[41]. **Nach B.G.B. ist die Auflassung des Eigenthums unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung überhaupt unzuläßig[42]; doch kann zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Einräumung des Eigenthums eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden; jede Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung**

---

berger § 54, 2 a; Becher § 122 B IV. 1 b s., Bl. LII. 11. Vgl. auch § 106 R.C.O. neuer Fassung (Anl. z. D. S.).

[36] Dieß gilt auch für solche Hypotheken (auch Vollstreckungshypotheken), die schon vor der Beschlagnahme vorgemerkt waren; doch ist dieß bestritten. Bejahend Bl. LVIII. 235; Samml. XIV. 556; d. Not.Zeit. 1886 S. 226; Becher § 122 Nt. 25. A. M. Bl. XXXII. 179; XLIV. 133; Ortenau-Henle Comm. z. Subh.Ordn. zu Art. 33 Nt. 3 a. E. Die Unwirksamkeit hypothekarischer Verfügung nach bewirkter Beschlagnahme besteht aber immer nur zu Gunsten desjenigen Zwangsvollstreckungsverfahrens, dessen grundlegende Beschlagnahne den Definitiveintrag verhinderte; vgl. d. Not.Zeit. 1882 S. 25; d. Not.Zeit. 1889 S. 104 ff.; Regelsberger § 84 Nt. 2; Ortenau-Henle a. a. O.; Becher § 122 B IV. 1 b a.

[37] § 73 H.G. Diese Gesetzesstelle bezieht sich nur auf den Konkurs: arg. § 74 H.G.; Bl. XLI. 179; d. Not.Zeit. 1882 S. 262; 1884 S. 128; Becher § 122 Nt. 27.

[38] Vgl. oben § 160 Nt. 42.

[39] Vgl. oben § 160 Nt. 43.

[40] Vgl. oben § 160 Nt. 44.

[41] Regelsberger, H.R. § 54, 17. Becher § 122 B. IV. 2 e.

[42] § 925 Abs. 2 B.G.B.; vgl. oben § 162 a Nt. 49.

über das Grundstück getroffen wird, ist dann insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde[43]. Nach den Bestimmungen des bayrischen Hypothekengesetzes kommt jedoch der Eigenthumsvorbehalt in doppelter Form vor, nämlich:

aa. Als Vorbehalt des Hypothekgläubigers. Der Verkäufer kann sich für den Betrag seiner Forderung hinsichtlich des Kaufpreises Hypothek bestellen lassen und zugleich die Eintragung des Eigenthumsvorbehalts in die II. Rubrik beantragen[44], was jedoch nur eine Dispositionsbeschränkung des Eigenthümers bezüglich der Bestellung von Hypotheken, aber weder einen Anspruch auf Auf-

---

[43] § 883 B.G.B.; vgl. oben § 128 Nt. 34 ff.; § 162 a Nt. 50. Dieß gilt auch für solche Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Conkursverwalter erfolgen.

[44] H.G. § 15: „Der bei Veräußerung einer Sache bedungene Vorbehalt des Eigenthums zur Sicherstellung des rückständigen Kaufpreises berechtigt den Gläubiger dafür auf die veräußerte Sache eine Hypothek eintragen zu lassen." H.G. § 137: „Hat sich der Verkäufer für den Rückstand am Kaufschilling das Eigenthum oder bei der Güterübergabe für seine Person Alimente vorbehalten, oder sind statt des Kaufschillings bestimmte künftige Hinausbezahlungen oder Leistungen bedungen worden, so müssen diese Forderungen unter den Hypotheken eingetragen werden." H.N. § 5: „Hat sich jemand bei Veräußerung einer Sache zur Sicherstellung einer Forderung das Eigenthum vorbehalten, so ist dessen Einwilligung bei Bestellung nachfolgender Hypotheken nur dann nothwendig, wenn er den Vorbehalt des Eigenthums in dem Hypothekenbuch hat eintragen lassen." Der Entwurf des H.G. hatte dem Verkäufer zur Sicherstellung rückständiger Leistungen nur das Recht, Hypothekbestellung zu beantragen, gewährt und jede Dispositionsbeschränkung des Käufers ausgeschlossen; in der Berathung wurde jedoch die letztere in der in § 5 bestimmten Form angenommen. Gönner, Comment. I. 132 war ursprünglich der Meinung, daß der Vorbehalt des Eigenthums zur Sicherstellung einer Forderung nur entweder nach H.G. § 15 als Hypothek in die III. oder nach H.G. § 5 als Dispositionsbeschränkung in die II. Rubrik eingetragen werden könne, da beides zugleich nicht zuläßig sei, und diese Meinung hat sich auch in der Praxis Geltung verschafft Bl. XIII. 222; allein er hat später seine Meinung geändert, und Comment. II. 230 und 238 zugestanden, daß auch bei der Hypothekbestellung auf ausdrückliches Verlangen des Gläubigers der Eigenthumsvorbehalt als Dispositionsbeschränkung in die II. Rubrik eingetragen werden könne, wie dieß auch Instruktion § 24, a ausdrücklich ausgesprochen ist und jetzt allgemein anerkannt wird Lehner, H.A.O. § 68, Zu Rhein Beiträge III. 365, Graf, Comment. III, 5; Regelsberger § 54 Ziff. 5; Becher § 122 B. IV. 1 e. Nach J.M.R. 26/7 64 III. J.M. Bl. 219 wird dieser Eintrag in die II. Rubrik nur auf den ausdrücklichen Antrag des Veräußerers vollzogen.

lösung des Geschäfts noch ein Absonderungsrecht im Confurse gewährt [45]. Das gleiche Verfahren wird beobachtet, wenn bei anderen Veräußerungen und Gutsübergaben Eigenthumsvorbehalte zur Sicherstellung einer Forderung gemacht werden [46].

b. Als Stipulation eines Rückfallrechts, wenn der Veräußerer zur Sicherung seiner Forderung sich unter Verzicht auf die Hypothekbestellung auf Eintragung des Eigenthumsvorbehalts in der II. Rubrik beschränkt [47] oder wenn der Eigenthumsvorbehalt aus anderen Gründen und zu anderen Zwecken als zur Sicherung einer Forderung beigesetzt wird [48], in welchem Falle der Reservant außer der Dispositionsbeschränkung des Schuldners ein Absonderungsrecht im Confurs anzusprechen hat [49].

Diese Stipulation bewirkt eine allgemeine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich aller Hypotheken [50].

Bestritten ist endlich noch, ob der Eigenthumsvorbehalt zu Gunsten einer Forderung nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch rechtliche Wirksamkeit erlangt, oder ob er in gleicher Weise wie der Eigenthumsvorbehalt zu anderem Zwecke lediglich bei Meidung der Folgen des Publicitätsprinzips in das Hypothekenbuch einzutragen ist. Erstere Ansicht verdient den Vorzug [51].

bb. Der Eigenthumsrückfall. Fideicommissarische Substitutionen oder Resolutivbedingungen und Zeitbestimmungen, wonach mit Eintritt einer bestimmten Zeit oder einer bestimmten Thatsache das Objekt auf einen Dritten übergehen soll, bewirken, wenn sie im Hypothekenbuch eingetragen sind, eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der Verpfändung [52].

---

[45] Bl. XVIII. 153; Bl. XXXI. 345; Bl. XXXIII. 412; Graf, Comment. III. 7. Samml. IX. 484. Die entgegengesetzte Meinung ist ausgeführt Z. f. Not. 1866 S. 357 f.; Bl. XXXIV. 385 f.; Regelsberger § 54, 5 d; Becher a. a. O. Nt. 43.

[46] J.M.R. 26/7 64 III.: „Auf Eigenthumsvorbehalte, welche bei anderen Veräußerungen und Gutsübergaben zur Sicherstellung einer Forderung gemacht werden, findet das was vom Verkauf bestimmt ist gleichfalls Anwendung."

[47] Bl. XXXI. 345 und Z.A.B. VI. 252.

[48] J.M.R. 26/7 64 III. J.M. Bl. 220. Auch hier wird der Vorbehalt nur in die II. Rubrik eingetragen.

[49] §§ 35, 39 R.K.O. Bl. IV. 319; XXXI. 345. Graf, Comment. III. 7.

[50] H.G. § 5; Gönner, Comment. I. 132; Regelsberger § 54, 5; Becher a. a. O.

[51] Für erstere Ansicht Regelsberger § 54, 5. Für letztere Ansicht Bl. XXXV. 137, 141; Samml. IX. 194; Becher § 122 Nt. 43.

2. Rechte Dritter, die auf besonderer Bestellung beruhen. Hieher sind zu rechnen:

a. Die mit Verpfändungsbeschränkungen ausgestatteten obligatorischen Veräußerungsbeschränkungen, wie das Rückkaufsrecht[53], Vorkaufsrecht[54] u. s. w.[55]. Auch hier besteht hinsichtlich der Anwendung des Publicitätsprinzips die gleiche Streitfrage wie beim Eigenthumsvorbehalte[56].

b. Das Nutznießungsrecht, welches einem Berechtigten an einem Grundstücke bestellt ist, bewirkt von der Zeit der Eintragung an eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der Eintragung eines auf die Früchte sich erstreckenden Pfandrechts[57].

B. Beschränkungen der freiwilligen Verpfändung.

Eine Beschränkung der Verpfändung kann in der Art begründet sein, daß sie nur der freiwilligen, nicht der auf einem gesetzlichen Titel begründeten Verpfändung entgegensteht. Dieß findet sich in folgenden Fällen:

I. Verpfändungsbeschränkung auf Grund des Güterstandes des ehelichen Güterrechts. Hier ist zu unterscheiden:

1. Bei der Güterordnung des Dotalrechts verfügt der Ehemann frei über sein Vermögen und die Ehefrau über ihr Paraphernalvermögen[58]. An den Dotalsachen räumt ein Theil der Statuten

---

[52] H.G. § 22, 7 und § 136; Regelsberger, H.R. § 54 Nr. 4; Becher § 122, B, IV. 1 c β; Samml. XV. 313.

[53] H.G. § 5; Regelsberger, Hypothekenrecht § 54 Nr. 6; Becher § 122 B IV. 1 c γ; Bl. LIV. 18 ff. — Für das B.G.B. vgl. die §§ 497—503; hier gelten die oben zu Nt. 43 angeführten Sätze.

[54] Samml. IV. 607; V. 827; VIII. 21; X. 182; Bl. XLI. 220; Seuff. Arch. XXXII. 43. — Für das B.G.B. vgl. die §§ 504—514, über das dingliche Vorkaufsrecht die §§ 1094—1104 und dazu unten § 229.

[55] Vgl. Samml. VIII. 17; IX. 173.

[56] Vgl. Regelsberger § 54, 6; Becher § 122 zu Nt. 48.

[57] H.G. 35; Regelsberger, H.R. § 54, 39; Becher § 122 B, IV. 1 e ε. Nach § 1120 B.G.B. erstreckt sich die Hypothek nicht auf die getrennten Früchte, wenn ein Nießbrauch besteht: s. auch § 954 B.G.B.

[58] Vgl. oben § 73 IV. 1 und Nt. 74; Regelsberger, H.R. § 56, 2. Eine Ausnahme ist nach Bayrischem Landrechte begründet, nach welchem die

dem Ehemanne nur ein Verwaltungs- und Nutzungsrecht ein; nach diesen können Dotalgrundstücke mit Einwilligung der Ehefrau verpfändet werden [59]. Da, wo den Bestimmungen des gemeinen Rechtes entsprechend die Dotalsachen in das Eigenthum des Ehemanns übergehen, können Dotalgrundstücke überhaupt nicht verpfändet werden [60].

2. Bei der Güterordnung der allgemeinen Gütergemeinschaft ist nach denjenigen Statuten, welche eine Disposition über Immobilien nur mit gesammter Hand gestatten [61] oder der Ehefrau ein Reklamationsrecht einräumen [62], eine Beschränkung der Bestellung eines Pfandrechts gegeben, indem in dem ersten Falle die freiwillige Verpfändung überhaupt nur mit gesammter Hand vollzogen werden kann [63], in dem letzteren die einseitige Verpfändung von seiten des Mannes in den durch das Gesetz vorgeschriebenen Fällen der Anfechtung von seiten der Frau unterliegt [64]. Ebenso ist nach der Auflösung der beerbten Ehe bei der Abtheilung mit Beisitz immer [65], bei fortgesetzter Gütergemeinschaft da, wo das Statut nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt [66], die freiwillige Verpfändung von der Zustimmung der Kinder abhängig.

3. Bei der Güterordnung der Errungenschaftsgemeinschaft bleibt dem Ehemanne die freie Disposition über sein Sondervermögen, während die freiwillige Verpfändung des Sondervermögens der

---

Ehefrau nur mit Einwilligung des Ehemanns über ihr Paraphernalvermögen verfügen darf, oben § 73, 78.

[59] Vgl. oben § 73, 72.

[60] Vgl. oben Note 18.

[61] Vgl. oben § 77, 26—32. Dieß gilt auch für die vertragsmäßige allgemeine Gütergemeinschaft oben § 77, 54. Gesetzliche Hypothektitel für voreheliche Schulden des Mannes und der Frau, und für eheliche Schulden des Mannes unterliegen keiner Beschränkung, vgl. oben § 77 Ziff. 1, 3.

[62] Vgl. oben § 77, 33—54.

[63] Regelsberger, H.R. § 56, II. 2.

[64] Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß in dem Bamberger L.R., vgl. oben § 77, 50. Nach dem Rechte der Fränkischen L.G.O. ist die Reklamation bei Darlehensverträgen ausgeschlossen. Vgl. oben § 77, 45.

[65] Es ergibt sich dieß schon daraus, daß bis zu vollzogener Abtheilung der überlebende Ehegatte mit den Kindern in dem Rechtsverhältnisse der ungetheilten Gemeinschaft steht, daher über die zu dem gemeinsamen Vermögen gehörigen Gegenstände nicht einseitig verfügen kann. Vgl. Roth, D. Pr.R. § 110, 29; oben § 79 Ziff. II. 1.

[66] Vgl. oben § 80 Ziff. II. Nt. 25 ff.

Ehefrau [67] und des gemeinsamen Vermögens, da, wo das Statut nicht ein anderes bestimmt, nur mit gesammter Hand erfolgen darf [68].

4. Bei der Güterordnung der Verwaltungsgemeinschaft verfügt der Ehemann frei über sein Vermögen, während die freiwillige Verpfändung der Immobilien des der Verwaltung des Ehemanns unterstehenden Frauenvermögens nur durch beide Eheleute gemeinschaftlich erfolgen darf [69].

5. Ueber den Standpunkt des B.G.B. s. schon oben lit. A Ziff. II. 1.

II. Verpfändungsbeschränkungen in Folge des elterlichen Nutznießungsrechts. An dem der Verwaltung des Hausvaters unterstellten nicht freien Vermögen der Hauskinder ist freiwillige Pfandbestellung sowohl von seiten des Hausvaters als der Hauskinder von beiderseitiger Einwilligung bedingt [70]. Dasselbe gilt von dem dem elterlichen Beisitz unterliegenden Kindervermögen [71]. **Nach B.G.B. endigt die elterliche Gewalt mit dem Eintritte der Großjährigkeit des Kindes; während der Dauer der elterlichen Gewalt kann nur der gesetzliche Vertreter des Kindes, sei es der Inhaber der elterlichen Gewalt oder ein Vormund (Pfleger), und zwar nur mit Genehmigung des Obervormundschaftsgerichts Hypotheken und Grundschulden an den Grundstücken des Kindes bestellen [72].**

---

[67] Vgl. oben § 83, 65—86 Römer, Pf.R. § 28, 2; Lang, Sachenrecht § 171, 73. Gesetzliche Hypothektitel gegen den Mann können gegen das Sondergut der Frau nur geltend gemacht werden, wenn diese für die Schulden des Mannes prinzipal oder solidarisch haftet oben § 83, 122—136, nicht aber da, wo ihre Haftung nur eine subsidiäre ist oben § 83, 137—143. Der Geltendmachung von gesetzlichen, ihr gegenüber begründeten Hypothektiteln gegen das Sondergut der Ehefrau steht das Verhältniß nicht entgegen. Vgl. oben § 83 Ziff. V. 2.

[68] Vgl. oben § 83, 87—90. Der Eintragung auf Grund eines gesetzlichen Hypothektitels steht das Verhältniß nicht entgegen. Dieß gilt auch dann, wenn nach Auflösung der Ehe der Vater mit den Kindern sitzen bleibt.

[69] Vgl. oben § 85, Ziff. II.

[70] Vgl. oben § 101, 57, 64, 65, 101. Bei Minderjährigkeit der Kinder ist nach den meisten Statuten die Veräußerung auf Grund eines richterlichen Dekrets gestattet, oben § 101, 66.

[71] Vgl. oben § 98, 13.

[72] §§ 1626, 1643, 1821 Abs. 1 Ziff. 1; § 1909 B.G.B. mit §§ 1651, 1638 Abs. 2; §§ 104 ff. B.G.B.

III. Vertragsmäßige Dispositionsbeschränkung.

Diese kann beruhen:

1. auf einem Hypothecirungsverbote. Der Eigenthümer kann sich vertragsmäßig verpflichten, ohne Einwilligung des anderen Contrahenten keine weitere Pfandbestellung vornehmen zu wollen, wodurch, wenn dieß in das Hypothekenbuch eingetragen ist, jede einseitige Pfandbestellung auf Grund eines freiwilligen Rechtstitels ausgeschlossen wird [73]. Das Hypothekirungsverbot wirkt gegen den Eigenthümer und seine Rechtsnachfolger [74]. Seine Wirksamkeit ist durch die Eintragung bedingt [75]. Zur Giltigkeit des Hypothecirungsverbots ist die notarielle Beurkundung der Erklärung des Eigenthümers, der sich ihm unterwirft, erforderlich [76]. **Nach B.G.B. kann die Befugniß zur Verfügung über ein veräußerliches Recht durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte überhaupt nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden; nur unter den Parteien hat die Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, Wirksamkeit. Das dem Gläubiger gegenüber eingegangene Verpfändungsverbot ist schlechthin nichtig** [77].

2. Nach Bayrischem Landrechte steht der partikuläre Erbvertrag der einseitigen Hypothekbestellung auf Grund eines freiwilligen Hypothekentitels entgegen [78].

---

[73] Bayern H.G. § 44; Regelsberger, H.R. § 55. Nur das zu Gunsten eines Hypothekgläubigers eingetragene Hypothekirungsverbot hat Wirksamkeit Regelsberger, H.R. § 55, 6.

[74] Vgl. Regelsberger § 55 Ziff. 4.

[75] Roth, D. P.R. § 309, 6a. Auch hier taucht wieder dieselbe Streitfrage wie beim Eigenthumsvorbehalt auf. A. M. Becher, § 122 Nt. 51 und die dort. Cit. Für die Ansicht des Textes Regelsberger § 55 Ziff. 2; Bl. LIV. 18 ff.

[76] Art. 14 Not.Ges. mit § 60 des Landtagsabschiedes v. 1869.

[77] §§ 137, 1136 (R.T.V. § 1119; II. E. § 1044; I. E. § 1077) B.G.B.: „Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigenthümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig."

[78] Nach Bayrischem Landrechte T. III. c. 11 § 1 Nr. 8 (Kreittmayr, Anm. 6. a hinzu) erzeugt der partikuläre Erbvertrag ein sofort wirksames dingliches Recht des Acceptanten, daher wenn der Vertrag eingetragen ist, eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der freiwilligen Hypothekbestellung. Dieß findet Anwendung auf den in Bayern üblichen Gutsanheirathungsvertrag, insofern dieser als partikulärer Erbvertrag aufzufassen ist. Vgl. oben § 71, 38. Nach J.M.E. 16/7 1824 Bl. X. 303 ist er daher als Dispositionsbeschränkung einzutragen. A. M. Regelsberger, H.R. § 56, 27, der

3. Auf vertragsmäßiger Gütergemeinschaft. Da die Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft der Ehegatten als Einführung des gemeinrechtlichen Instituts der allgemeinen Gütergemeinschaft auszulegen ist [79], so kann, wenn diese Stipulation getroffen ist, den gemeinrechtlichen Grundsätzen [80] entsprechend die Disposition über die Immobilien der Ehegatten, daher auch die Bestellung freiwilliger Hypotheken nur mit gesammter Hand geschehen. **Ueber den Standpunkt des B.G.B. vgl. oben lit. A. Ziff. II. 1.**

Abtheilung 2.

Voraussetzung der Errichtung einer Hypothek.

I. Die Forderung.

§ 202.

1. Im Allgemeinen [1].

Jede Hypothek muß eine Forderung zur Grundlage haben. Das Vorhandensein der Forderung ist eine Bedingung der Entstehung des Pfandrechts; dieses ist an den Bestand der Forderung gebunden [2]. Die Ungiltigkeit der Forderung bewirkt die Ungiltigkeit [3], der Untergang der Forderung das Erlöschen des Pfandrechts [4]. **Das B.G.B. kennt für die Verkehrshypotheken das Accessoritätsprincip in dieser Schärfe nicht; das Nähere hierüber ist bereits oben § 196 C. angeführt.** Für die Forderung als Voraussetzung der accessorischen Hypothek gelten folgende Grundsätze:

I. Zur Grundlage der Hypothek eignet sich jeder Anspruch, sowohl eine Vertrags- als eine Delikts- oder eine Zustandsobli-

---

darin die Einräumung des Miteigenthums sieht. S. auch Bl. XXXI. 161, 177; Samml. III. 216; VI. 7; XIV. 135.

[79] Vgl. oben § 77, 54.

[80] Vgl. oben lit. B Ziff. I. 2.

[1] Dernburg, Pf.R. § 66—72; Regelsberger, H.R. § 42. 43; Becher § 119; Roth, D. P.R. § 300; Stobbe-Lehmann § 156 Nr. 2.

[2] Regelsberger, H.R. § 42. II. Vgl. oben § 196, 2.

[3] l. 129 § 1 D. 50. 17; l. 11 § 3 D. 13. 7; Sintenis, C.R. § 68, 2; Dernburg, Pf.R. § 73; Pr. L.R. I. 20. 12. Nachträgliches Giltigwerden der Forderung bewirkt die Convalescenz der Hypothek von der Bestellung an; H.G. § 59; Regelsberger, H.R. § 42, 9.

[4] l. 6 pr. D. 20. 6; l. 11 § 1. 5 D. 13. 7; Sintenis, C.R. § 81. I.

gation [5], auch eine sog. abstrakte Forderung, bei der die causa nicht angegeben ist [6].

II. Gleichgiltig ist der Inhalt. Die Forderung kann daher auf Leistung einer Geldsumme oder auf eine Handlung gerichtet sein [7]. In dem letzteren Falle muß jedoch der Werth in einer Geldsumme ausgedrückt sein, die im Hypothekenbuch eingetragen wird [8]. Die Fixirung hat nur den Zweck, den Umfang des Pfandrechts in Beziehung auf die Forderung zu bestimmen und hat daher weder die Wirkung der Novation (Umwandlung der Leistung in eine Geldleistung), noch die Verwandlung der ursprünglichen Obligation in eine alternative [9].

III. Zuläßig ist die Hypothekbestellung für eine alternative Obligation [10], für eine natürliche Verbindlichkeit [11] und für eine fremde Schuld [12].

IV. Nicht erforderlich ist, daß die Forderung schon besteht; es kann auch für eine betagte, bedingte und eine zukünftige For-

---

[5] l. pr. D. 20. 1; Dernburg, Pf.R. § 67, 2; Exner, H.R. § 20, 39.

[6] Dieß gilt namentlich für Wechselforderungen Römer, Pf.R. 101; Förster Eccius § 192, 19; Exner, H.R. § 20, 46.

[7] l. 9 § 1 D. 13. 7; Dernburg, Pf.R. § 67, 1; Förster Eccius § 192, 2; Regelsberger, H.R. § 42. l. 2.

[8] H.G. § 11. 19 Regelsberger, H.R. § 28, 5. Bei Naturalauszügen ist mindestens eine allgemeine Bezeichnung der jährlichen Leistungen erforderlich; dieß wird auf Grund der Instruktion § 28 Nr. 5 für das Bayrische Recht angenommen, obwohl das Gesetz selbst keine darauf bezügliche Bestimmung enthält Regelsberger, H.R. § 18, 1; Becher § 100, 57; Samml. VI. 566, XI. 602. Nicht identisch damit ist, wie Regelsgerger, H.R. § 18, 1 meint, die Bestimmung der Pr. Gr.B.O. § 75, welche die Veranschlagung von wiederkehrenden Leistungen in Geld für nicht erforderlich erklärt, da nach Preußischem Rechte solche Abgaben nicht wie nach Sächsischem und Bayrischem Rechte in Rubrik III unter den Hypotheken, sondern in Rubrik II unter den dauernden Lasten eingetragen werden. Auf Credithypotheken darf die Ausnahme nicht ausgedehnt werden: Samml. XIV. 192; Regelsberger § 18 Nt. 3. Nach B.G.B. können nur Geldsummen eingetragen werden: § 1113I, 1115I B.G.B. M. I. Bd. III. S. 637.

[9] Römer, Pf.R. 102.

[10] Heyne, Commentar I. 239; Exner, H.R. § 20, 8; Lang, Sachenrecht § 167, 6; Roth, D. P.R. III. S. 562.

[11] l. 14 § 1 D. 20. 1; Sintenis, C.R. § 68, 7; Regelsberger, H.R. § 42, 4; Exner, H.R. § 20, 53.

[12] l. 5 § 2 D. 20. 1; H.G. § 4; Förster Eccius § 192, 20; Regelsberger, H.R. § 42, 5. Vgl. auch § 1113 Abs. 1, § 1137 B.G.B.

derung Hypothek bestellt werden [13]. Die Hypothek für eine zukünftige Forderung wird Sicherheitshypothek genannt (§ 203) [14].

V. Bestritten war, ob eine auf den Inhaber lautende Forderung die Grundlage der Hypothekbestellung sein könne [15]. Durch das Gesetz vom 18. März 1896 ist diese Frage im bejahenden Sinne entschieden [16]. **Letzteren Standpunkt nimmt auch das B.G.B. ein, indem es die Bestellung einer Sicherheitshypothek zuläßt [17].**

§ 202a.

2. Die Sicherungshypothek des B.G.B. [1]

Neben der Verkehrshypothek (gewöhnlichen Hypothek) kennt das B.G.B. noch die Sicherungshypothek; die Sicherheitshypothek des B.G.B. (vgl. § 203) ist nur eine Unterart der Sicherungshypothek [2]. Die Sicherungshypothek unterscheidet sich von der gewöhnlichen Hypothek dadurch, daß bei ihr das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann, demzufolge die für die Richtigkeit des Grundbuchinhalts streitende Rechtsvermuthung und der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich nicht auf die Forderung erstreckt, für welche die Hypothek bestellt ist, während bei der gewöhnlichen Hypothek von dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht bloß die Hypothek, sondern auch die Forderung, insoweit sie die Hypothek stützt, betroffen wird [3].

---

[13] l. 5 pr. D. 20. 1; Dernburg, Pf.R. I. 517; Samml. II. 228; Bl. XXXVIII. 484. M. I. Bd. III. S. 637, 638.

[14] Vgl. dazu § 1190 B.G.B.

[15] Vgl. oben § 194, 84; Stobbe-Lehmann § 146, 72.

[16] Vgl. oben § 194, 85.

[17] § 1187 B.G.B. (R.T.V. § 1170; II. E. § 1097): „Für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann, kann nur eine Sicherungshypothek bestellt werden."

[1] §§ 1184—1190 B.G.B.; R.T.V. § 1167—1173; II. E. §§ 1092—1096; I. E. §§ 1125—1129; Reatz S. 572 Nt. 24; M. I. Bd. III. S. 619—621, 627, 628, 764—766; D. S. 213; Best S. 127—131; Bunsen II. § 57; Hachenbuch S. 41—43, 116—120; Haidlen S. 428; Stobbe-Lehmann § 162.

[2] § 1190 Abs. 3 B.G.B.

[3] § 1184 Abs. 1, § 1185 Abs. 2 B.G.B. Hiedurch ist die Anwendung des § 1138 B.G.B ausgeschlossen.

Sie unterscheidet sich ferner dadurch, daß bei ihr die Ertheilung des Hypothekenbriefs kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, sie kraft Gesetzes stets Buchhypothek sein muß, die gewöhnliche Hypothek aber regelmäßig Briefhypothek ist und Buchhypothek nur sein kann[4].

Regelmäßig steht es den Betheiligten frei, ob sie eine gewöhnliche Hypothek oder eine Sicherungshypothek errichten wollen. Die Hypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder aus Ordrepapieren und die Sicherheitshypothek, die auf landesgesetzlicher Vorschrift beruhenden gesetzlichen Hypotheken der juristischen Personen des öffeutlichen Rechtes und die nach Landesgesetz auf Ersuchen einer bestimmten Behörde einzutragenden Hypotheken können jedoch nur als Sicherungshypotheken bestellt werden; sie sind ebenso wie die Zwangs- und die Arresthypotheken kraft Gesetzes stets Sicherungshypotheken[5].

Die Sicherungshypothek muß im Grundbuche stets als solche bezeichnet werden; nur bei den kraft Gesetzes als Sicherungshypotheken geltenden Hypotheken ist dieß nicht erforderlich[6].

Die Sicherungshypothek kann jederzeit in eine gewöhnliche Hypothek, eine gewöhnliche Hypothek jederzeit in eine Sicherungshypothek umgewandelt werden; die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich[7].

Die Sicherungshypothek unterliegt im Uebrigen den Grundsätzen der gewöhnlichen Hypothek, soweit sich nicht aus den unterscheidenden Merkmalen, sohin aus ihrem Verhältnisse zur Forderung[8] und aus dem Mangel des Hypothekenbriefs[9] Abweichendes ergiebt[9a].

Besondere Vorschriften gelten noch für die kraft Gesetzes mit

---

[4] § 1185 Abs. 1 B.G.B. im Gegensatze zu § 1116 B.G.B.; vgl. auch unten § 207a.

[5] §§ 1187, 1190 Abs. 3 B.G.B.; Art. 91 E.G. z. B.G.B.; § 49 des Entw. eines Ges. über die freiwillige Gerichtsbarkeit; §§ 757 b, c R.C.P.O. M. I. Bd. III. S. 620—627.

[6] §§ 1184 Abs. 2, §§ 1187, 1190 Abs. 3 B.G.B.

[7] § 1186 B.G.B.; M. I. Bd. III. S. 776–779; Best S. 138, 139.

[8] Damit steht im Zusammenhange, daß auch die Anwendung der §§ 1141, 1156 ausgeschlossen ist: § 1185 Abs. 2 B.G.B. bemerkt dieß ausdrücklich.

[9] Damit stehe im Zusammenhang, daß auch die Anwendung des § 1139 ausgeschlossen ist: § 1185 Abs. 2 B.G.B. bemerkt auch dieß ausdrücklich.

[9a] Eine Eigenthümlichkeit enthält die Sicherungshypothek des § 1287 B.G.B.; sie entsteht ohne Eintragung; vgl. unten § 207, 3.

der Eigenschaft einer Sicherungshypothek bekleideten Hypotheken [10]; Die Hypothek für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber und aus Ordrepapieren [11] weist als Eigenthümlichkeiten auf, daß zu ihrer Bestellung außer der Eintragung in das Grundbuch schon die einseitige Erklärung des Eigenthümers gegenüber dem Grundbuchamte genügt [12], bei ihrer Abtretung nicht die sonst für Buchhypotheken geltenden Vorschriften anwendbar sind [13], daß die Ausschließung des unbekannten Gläubigers mit seinem Rechte nur unter besonderen Erschwerungen zugelassen ist [14] und daß für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter (Treuhänder) zur Ausübung der Hypothekenrechte bestellt werden kann, dessen Bestellung in das Grundbuch eingetragen werden muß [15]. Die Zwangs- und die Arresthypothek werden in der Reichscivilprozeßordnung geregelt [16].

Die besonderen für die Sicherheitshypothek geltenden Vorschriften sind im § 203 angeführt.

§ 203.

3. Die Sicherheitshypothek [1].

Eine Hypothek kann auch für eine noch nicht existirende, also eine künftige Forderung bestellt werden [2]. Die künftige Forderung

[10] § 1190 B.G.B.

[11] Vgl. besonders Hachenbuch S. 147—181.

[12] § 1188 Abs. 1 B.G.B. § 878 B.G.B. findet Anwendung (Einfluß einer Verfügungsbeschränkung); Best S. 135, 136.

[13] § 1187 Satz 3 B.G.B.: „Die Vorschrift des § 1154 Abs. 3 findet keine Anwendung"; Best S. 136.

[14] § 1188 Abs. 2 B.G.B. mit § 1170 a. a. O.

[15] § 1189 B.G.B.; Best S. 136, 137; Haidlen S. 430, 431.

[16] Vgl. dazu § 757, b, c R.C.P.O.; M. I. Bd. III. S. 621—627; 769—776; Hachenbuch S. 182—197.

[1] Vgl. Dernburg, Pf.R. § 68, 71; Windscheid § 223, 5; Heyne, Erörterungen 1847 Abth. IV.; Regelsberger, Studien zum Hypothekenrecht Abth. I.; Förster Eccius § 192, 5 f. § 199a. III.; Dernburg, Pr. P.R. I. § 332; Regelsberger, H.R. § 43; Römer, Pf.R. § 21 B; Müller, Pf R. § 28, 8; Exner, H.R. § 20 Nr. 2; Becher § 119, III. — B.G.B. § 1190; R.T.B. § 1173; II. E. § 1096; I. E. § 1129; Mot. I. Bd. III. S. 620, 621, 767—768; II. K. Prot. S. 4667—4675; 8600, 8601; Haidlen III. S. 431, 432; Best S. 132—134.

[2] l. 5 pr. D. 20. 1; Darmstadt Pf.G. Art. 3, 2. Das bayrische Hypo-

kann sich auf ein schon bestehendes Rechtsverhältniß beziehen, welches die Grundlage für später entstehende Forderungen werden kann [3], oder auf ein nur als möglich gedachtes, aber noch nicht existentes Rechtsverhältniß, eine künftige Forderung im absoluten Sinne [4]. Immer ist jedoch erforderlich, daß der Betrag der Forderung in einem beiläufigen Anschlage fixirt wird [5]. Für die Sicherheitshypothek, **die nach B.G.B. stets als Sicherungshypothek gilt, auch wenn sie im Grundbuche nicht als solche bezeichnet ist** [6], gelten folgende Grundsätze:

1. Das Pfandrecht entsteht nicht sofort mit der Eintragung, sondern erst mit der Entstehung der Forderung [7]; der Gläubiger, der es geltend macht, muß daher den Beweis der Entstehung der Forderung erbringen [8]; **er kann sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen** [9].

2. Der Zweck der Eintragung ist, mit der Entstehung der Forderung die Entstehung des Pfandrechts mit dem Range des Eintragungsdatums zu sichern [10]. Daher geht mit der Entstehung der

---

thekengesetz enthält keine Bestimmung, die Zuläßigkeit ist jedoch keinem Zweifel unterworfen Regelsberger, H.R. § 43, 5; Becher § 119, 6.

[3] Regelsberger, H.R. § 43, 3; Exner, H.R. § 20, 28. Beispiele sind die gesetzlichen Hypothekentitel der Bevormundeten, der Kinder in väterlicher Gewalt und der Gemeinden und Corporationen, die nichts als Ansprüche auf die Bestellung einer Sicherheitshypothek sind. Weitere Beispiele führt Regelsberger, H.R. § 43, 2b an.

[4] Dieß war schon nach römischem Rechte als zuläßig anzusehen l. 4 D. 20. 3; l. 1 § 1 l. 11 pr. D. 23. 4; Sf. I. 410; Regelsberger, Sicherheitshypothek § 3 und gilt als zuläßig nach Bayrischem Rechte Regelsberger, H.R. 43, 5; A. M. Lang, Sachenrecht § 167, 13 und Wächter, W.P.R. II. 705.

[5] H.G. § 19. § 1190 Abs. 1 B.G.B.: „Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im Uebrigen aber die Feststellung der Forderung vorbehalten bleibt. Der Höchstbetrag muß in das Grundbuch eingetragen werden. Ist die Forderung verzinslich, so werden die Zinsen in den Höchstbetrag eingerechnet."

[6] § 1190 Abs. 3, §§ 1884—1186 B.G.B. Vgl. oben § 202a, 5.

[7] Regelsberger, H.R. § 43, 7.

[8] Römer, Pf.R. 107; Exner, H.R. § 35, 25. Liegt nicht ein Anerkenntniß des Schuldners vor, so ist richterliche Entscheidung erforderlich. Dernburg, Pr. P.R. I. § 332 nach Note 6.

[9] § 1184 Abs. 1 B.G.B. Vgl. oben § 202a, 9.

[10] Regelsberger, H.R. § 43 Nr. 4. Gemeinrechtlich ist es bestritten, von

Forderung, für die sie bestellt ist, die Sicherheitshypothek in eine volle Hypothek mit dem Range des Eintragungsdatums über [11] und kann als solche eingetragen werden [12]. Bestritten ist, ob zu dieser Verwandlung die Zustimmung des Schuldners [13] genügt oder ob dazu auch die Zustimmung der nacheingetragenen Gläubiger erforderlich ist [14]. **Nach B.G.B. kann die Sicherungs- und damit auch die Sicherheitshypothek nicht ohne Weiteres in eine gewöhnliche Hypothek übergehen; doch ist die rechtsgeschäftliche Umwandlung zuläßig; zur Umwandlung ist aber die Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht erforderlich** [15].

3. Die Sicherheitshypothek als solche nimmt an den Vortheilen der Publicität nicht Theil; dem redlichen Erwerber können daher die Einreden aus dem obligatorischen Verhältniß unbeschränkt entgegengesetzt werden und die Verjährung der zu Grunde liegenden Forderung wird durch die Eintragung der Sicherheitshypothek im Hypothekenbuche nicht gehindert [16].

---

welchem Zeitpunkt an der Rang der Sicherheitshypothek zu bestimmen sei, ob vom Zeitpunkte der Entstehung der Hypothek oder von dem der Forderung; s. über diese Streitfrage Windscheid § 242, 8. Für unser Recht ist diese Streitfrage gegenstandslos, da sich der Rang nur nach der Stellung der Sicherheitshypothek im Hypothekenbuche bestimmen kann. Die Sicherheitshypothek hat die Funktion der Offenhaltung des Foliums Regelsberger, H.R. § 43, 8. Ueber die Form des Eintrags s. Samml. XIV. 89.

[11] Der Uebergang erfolgt, wenn die Entstehung der Forderung festgestellt ist, ohne daß es einer Umschreibung bedarf Erk. O.Tr. 29|4 1867 Striethorst LXVII. 151; Regelsberger, H.R. § 43, 7; Bl. LVIII. 219.

[12] Daß diese Umwandlung in eine volle Hypothek zuläßig ist, wenn die Entstehung der Forderung durch Anerkenntniß des Schuldners oder rechtskräftiges Erkenntniß festgestellt ist, ist keinem Zweifel unterworfen Erk. O.Tr. 9|6 1874 Striethorst 91, 286; Dernburg, Pr. P.R. I. § 332 nach Note 6; Regelsberger, H.R. § 43, 8.

[13] Bestritten ist, ob, wenn vor der Verwandlung das Grundstück veräußert wird, die Anerkennung des Bestellers genüge Achilles Ges. 198 Nr. 4, oder ob auch die des neuen Erwerbers erforderlich sei Turnau, Gr.B.O. I. 312 Nr. 7.

[14] Die Zustimmung der nacheingetragenen Gläubiger halten für erforderlich Förster Eccius § 199 a. III; Regelsberger, H.R. § 43 Nr. 5; Becher § 119 Ziff. 3; Römer, Pf.R. § 21, 8; nicht für erforderlich Dernburg, Pr. P.R. I. § 332, 7.

[15] § 1186 B.G.B. Vgl. oben § 202a, 7.

[16] Dernburg, Pr. P.R. I. § 332. 6 Regelsberger § 43 Ziff. 5; Becher § 119, III. 2. § 1183 Abs. 1, § 1185 II, 1138 B.G.B.

4. Der Besteller kann, ohne daß die Voraussetzungen der Entstehung vorliegen, einseitig eine Sicherheitshypothek nicht in eine volle Hypothek verwandeln, es ist dazu vielmehr die Zustimmung der nacheingetragenen Gläubiger erforderlich[17]; **über den Standpunkt des B.G.B. ist das Nähere schon in Ziff. 2 a. E. erwähnt.**

5. Die Ertheilung eines Hypothekenbriefs ist nach B.G.B. bei der Sicherheitshypothek ausgeschlossen[18]. Die Forderung kann auch für sich allein nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften übertragen werden; erfolgt die Uebertragung nach diesen Vorschriften, so ist der Uebergang des Hypothekenrechts ausgeschlossen[19]. Die besonderen Vorschriften über die Hypothekenkündigung finden keine Anwendung[20].

§ 204.

II. Der Hypothekentitel im Allgemeinen[1].

Die Eintragung einer Hypothek setzt nach geltendem Hypothekenrecht einen Rechtstitel voraus: es muß ein Rechtsgrund für die Eintragung der Hypothek vorliegen. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

I. Der Hypothekentitel ist die durch das Gesetz oder durch die Willenserklärung des Schuldners begründete Bestimmung eines Hypothekenobjekts zum Unterpfande für eine Forderung, woraus der

[17] Von Manchen wird angenommen, daß der Schuldner willkürlich eine Sicherheitshypothek in eine volle Hypothek verwandeln könne, indem er die Eintragung einer solchen an der Stelle der Sicherheitshypothek bewilligt Turnau, Gr.B.O. I. 312 Nr. 7. Mit Recht erklären sich dagegen Förster Eccius § 199 a, 20; Dernburg, Pr. P.R. I. § 332, 7; Regelsberger § 44 Ziff. 5; Becher § 119, III. 3. Die Umwandlung der Sicherheitshypothek in eine volle Hypothek setzt die Entstehung der Forderung, für welche diese bewilligt ist, voraus.

[18] § 1185 I B.G.B. Damit ist auch die Anwendung des § 1139, 1156 B.G.B. ausgeschlossen: § 1185 II B.G.B.

[19] § 1190 Abs. 4, §§ 398 ff. B.G.B., also abweichend vom Principe des § 1153 B.G.B. Stobbe-Lehmann § 102, 15.

[20] § 1185 II mit § 1141 B.G.B.

[1] Vgl. Förster Eccius § 193. I; Dernburg, Pr. P.R. I. § 817; Regelsberger, H.R. § 48--51; Becher § 121; Römer, Pf.R. § 23—24; Lang, Sachenrecht § 169; Siegmann, H.R. § 9; Müller, Pf.R. § 36—47; Exner, H.R. § 21—23.

Anspruch auf die Eintragung der Hypothek gegen den Schuldner entsteht [2].

II. Der Hypothekentitel kann auf einer gesetzlichen Bestimmung oder einer Willenserklärung des Eigenthümers des Hypothekenobjekts beruhen [3]. Die Willenserklärung kann eine einseitige oder eine in einem Vertrage niedergelegte sein [4].

III. Der Hypothekentitel begründet, wenn er nicht an sich zur Eintragung der Hypothek unmittelbar führt [5], einen obligatorischen Anspruch auf Mitwirkung bei Eintragung der Hypothek [7] gegen den Eigenthümer des Hypothekenobjekts, gegen den der Verpflichtungsgrund entstanden ist [8], nicht aber gegen einen Sondernachfolger des Verpflichteten im Hypothekenobjekte [9].

IV. Der Hypothekentitel ist ein Nebenrecht der Forderung, für die er begründet ist, und kann mit dieser abgetreten werden [10]; er geht, wenn nicht das Gegentheil bestimmt ist, von selbst mit der Forderung auf den Cessionar über [11], kann aber nicht getrennt von ihr übertragen werden [12].

V. Der Hypothekentitel unterliegt nicht dem Principe der Specialität. Ist das Grundstück, für welches er begründet wird, nicht durch das Gesetz oder die Willenserklärung besonders bezeichnet, so erstreckt sich der Anspruch auf die Eintragung auf alle Immobilien des Verpflichteten [13]. Jedoch steht bei gesetzlichen allgemeinen Rechts-

---

[2] Regelsberger, H.R. § 48, 2; Pr. L.R. I. 20. 2; H.G. § 9.

[3] Regelsberger, H.R. § 48, 4.

[4] Vgl. unten § 206.

[5] Vgl. unten § 207, 51.

[6] Römer, Pf.R. 121.

[7] Regelsberger, H.R. § 48 Nr. 3; Römer, Pf.R. 121; Müller, Pf.R. § 47. II.

[8] Regelsberger, H.R. § 48, 5; Römer, Pf.R. 121; Müller, Pf.R. § 47 II. Der Anspruch ist gegen die Erben nur begründet, insofern sie in das Hypothekenobjekt succediren. A. M. Bl. XXXI. 160.

[9] H.G. § 26 Nr. 3; Bl. LVIII. 228; Samml. VII. 1035.

[10] Gönner, Commentar I. 188; Römer, Pf.R. 122; Siegmann, H.R. § 32. Vorausgesetzt wird, daß die Forderung selbst cessibel sei, was bei gesetzlichen Hypothektiteln nicht immer der Fall ist. Vgl. hiezu Regelsberger § 48 Ziff. 4; Becher § 121, A I. 3.

[11] Regelsberger, H.R. § 48, 9; Römer, Pf.R. 123.

[12] Regelsberger, H.R. § 48, 9; Römer, Pf.R. 122, 3.

[13] Regelsberger, H.R. § 48, 13; Römer, Pf.R. 123; Müller, Pf.R. § 36. II.

titeln dem Schuldner das Recht zu, zu verlangen, daß sich die Eintragung der Hypothek auf einen solchen freien Güterwerth beschränke, der nach Abzug der vorstehenden Posten den Betrag der Forderung nicht um ein Drittheil übersteigt [14]. Ist daher der Schuldner im Besitz eines Objekts, welches für sich allein dieses Verhältniß darbietet, so muß die Eintragung auf dieses beschränkt werden außerdem kann die Beschränkung der Eintragung auf diejenigen Objekte verlangt werden, deren Werth zusammengenommen der einzutragenden Forderung die erwähnte Sicherheit gewährt. Bei freiwilligen allgemeinen Hypothekentiteln dagegen kann der Schuldner diese Beschränkung nicht ansprechen. Bei der Eintragung auf einzelne Objekte, mag diese auf der Specialität des Rechtstitels oder auf der erwähnten Beschränkung des generellen Rechtstitels beruhen, kann der Gläubiger eine weitere Eintragung auf andere Objekte nur dann verlangen, wenn durch Verschulden des persönlich haftenden Eigenthümers der Werth des Hypothekenobjekts eine derartige Minderung erlitten hat, daß dieses für die eingetragene Forderung nicht mehr die nöthige Sicherheit gewährt. Der Gläubiger kann in diesem Falle die Eintragung seiner Forderung auf andere Objekte des Schuldners in der zur Erreichung der nöthigen Sicherheit erforderlichen Ausdehnung beantragen [15].

VI. Bei gesetzlichen Hypothekentiteln hat der Gläubiger immer das Recht, die Eintragung auf der nächstoffenen Stelle zu verlangen [16]; bei freiwilligen Hypothekentiteln kann die Stelle, an welcher die Hypothek eingetragen werden soll, durch den Schuldner besonders bestimmt sein [17].

VII. Der Mangel des Hypothekentitels hat die Ungiltigkeit der Eintragung der Hypothek zur Folge. Hat aber der Eigenthümer für eine an sich richtige Forderung die definitive Eintragung einer

---

[14] § 11 H.G. Ueber die Auslegung dieser Gesetzesstelle ist Streit. Vgl. hierüber Gönner I. 214—217; Regelsberger § 48 Nt. 14 gegen Instr. z. H.G. § 28 Nr. 14 Abs. 4; Bl. XII. 209 ff.; Becher § 121 Nt. 14. — Nach Art. 117 E.G. z. B.G.B. bleiben landesgesetzliche Vorschriften unberührt, welche die Belastung eines Grundstücks über eine bestimmte Werthgrenze hinaus untersagen.

[15] H.G. § 18. Vgl. unten § 213.

[16] arg. §§ 150, 151, 23, 59 H.G.; Regelsberger, H.R. § 48 Nr. 7. § 61. I. 2.

[17] Vgl. unten § 219 Nr. 1.

Hypothek, über die er nach Maßgabe des Consensprinzips gehört worden war, vor sich gehen lassen, so kann die eingetragene Hypothek aus dem Grunde, daß für sie kein oder kein giltiger Rechtstitel vorhanden gewesen sei, nicht angefochten werden [18]. Ob dieser Satz auch gegenüber dem Art. 14 Not.Ges. noch von Bestand ist, ist bestritten und scheint eher verneint als bejaht werden zu müssen [19].

An Stelle der Hypothekentitel tritt nach B.G.B. der formlose abstrakte dingliche Vertrag d. h. die Einigung des Verpfänders und des Pfandnehmers darüber, daß eine Hypothek entstehen soll. Dieser dingliche Vertrag ist neben der Eintragung in das Grundbuch stets nothwendiges Entstehungselement der Hypothek [20], mag die Berechtigung zu einer Hypothek auf obligatorischem Vertrage, letztwilliger Verfügung [21] oder Gesetz beruhen [22]; der Mangel einer solchen causa macht die Hypothek nicht ungiltig, sondern vermag nur Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche zu erzeugen [23]. Nur die Zwangs- und die Arresthypothek [24], die auf landesgesetzlicher Vorschrift beruhenden gesetzlichen Hypotheken der juristischen Personen des öffentlichen Rechtes und die nach Landesgesetz auf Ersuchen einer bestimmten Behörde einzutragenden Hypotheken [25] bilden Ausnahmen; sie kommen ohne dinglichen Vertrag lediglich durch

---

[18] § 16 H.G.

[19] So Roth, C.R. 1. Aufl. S. 435 Nt. 47; d. Not.Zeit. 1883 S. 280. Dafür, daß § 16 H.G. neben Art. 14 Not.Ges. noch Geltung hat, vgl. Bl. XXXIII. 148, 181, 348; XXXIV. 161; XXXV. 164, XXXVI. 6, 10; Samml I. 189 und besonders Regelsberger § 49 Ziff. 7 und Becher § 121 Nt. 18 mit weiteren Litteraturangaben. Vgl. zur Auslegung des § 16 H.G. überhaupt Näheres bei Regelsberger § 49 und Becher § 121 A Ziff. 2.

[20] § 873I B.G.B. M. II. Bd. III. S. 600—602, 633; Best. S. 21—23; Stobbe-Lehmann § 156 Nr. 3. — Bezüglich der Briefhypothek ist noch § 1117 B.G.B. zu vergleichen. — Die Erklärung des einzelnen Vertragstheils kann natürlich auch durch Urtheil ersetzt werden; § 779, 779 b R.C.P.O. (Anl. z. D. S.).

[21] § 2174 B.G.B.; Best II. S. 21, 22; Bunsen § 47. Auch das Vermächtniß erzeugt nur mehr obligatorische Berechtigungen.

[22] Z. B. § 648 B.G.B.; §§ 128, 134, 145, 160 R.Subh.Ordn.

[23] Vgl. dazu oben § 128 Ziff. 4; § 823 ff. B.G.B.

[24] Vgl. § 757 b, c R.C.P.O.; Best. II. S. 21, 22.

[25] Art. 91 E.G. z. B.G.B.; § 49 des Entw. eines Ges. über die freiwillige Gerichtsbarkeit (D. S. hiezu S. 18; Bundesrathsdrucksache 1897 Nr. 100); § 39 R.G.B.O.

die Eintragung zu Stande; ja im Falle der Schuldner eines verpfändeten Rechtes auf Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke dem Pfandgläubiger leistet, entsteht sogar ohne dinglichen Vertrag und ohne Eintragung schon mit der Leistung eine Sicherungshypothek für den Pfandgläubiger [26]. Die Entstehung einer Hypothek oder einer Grundschuld durch Ersitzung ist auch nach B.G.B. ausgeschlossen [27]. Für die Uebergangszeit ist bestimmt, daß die Begründung einer Hypothek auch nach dem 1. Januar 1900 bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, nach dem bisherigen Rechte zu erfolgen hat [28].

III. Von den Hypothekentiteln im Einzelnen.

§ 205.

1. Die gesetzlichen Hypothekentitel [1].

Gesetzliche Hypothekentitel sind nach dem bayrischen Hypothekengesetze diejenigen Rechtstitel, welche dem Gläubiger ein von dem Willen des Schuldners unabhängiges Recht auf Eintragung einer Hypothek gewähren. Die auf Grund gesetzlicher Rechtstitel einzutragenden Hypotheken unterliegen den allgemeinen Voraussetzungen der Entstehung einer Hypothek; es muß daher ein für die Begründung einer Hypothek geeignetes Forderungsrecht vorhanden sein und der Schuldner muß Eigenthümer eines Immobiles sein, das als Pfandobjekt zu dienen geeignet ist [2]. Von den freiwilligen unterscheiden sich die gesetzlichen Hypothekentitel darin, daß sie von dem Willen des Schuldners unabhängig sind und daß, wenn ihr Bestand er-

---

[26] § 1287 B.G.B. II. Comm. Prot. S. 43, 45.

[27] arg. § 900[II] B.G.B.; Best S. 23; Stobbe-Lehmann § 148, 28; vgl. unten § 207, 4.

[28] Art. 189 Abs. 1 E.G. z. B.G.B. Art. 188[I] E.G. z. B.G.B. ist für Bayern bedeutungslos.

[1] Vgl. Dernburg, Pr. P.R. I. § 320; Förster Eccius § 193. I a und § 198, 16; Regelsberger, H.R. § 50; Becher § 121 B; Römer, Pf.R. § 29; Müller, Pf.R. § 37—45. — Das B.G.B. hat die gesetzlichen Hypothekentitel fast alle beseitigt. Vgl. dazu Jakubezky S. 271—274.

[2] Vgl. oben § 200.

wiesen ist, die Eintragung der Hypothek auch gegen den Willen des Eigenthümers erfolgen kann. Von den gesetzlichen Pfandrechten des gemeinen Rechtes unterscheiden sie sich darin, daß sie nur einen Anspruch auf Bestellung des Pfandrechts, nicht das Pfandrecht selbst gewähren, daß die Begründung des Pfandrechts einen Antrag des Berechtigten oder für den Berechtigten und die Eintragung voraussetzt und daß sich das Rangverhältniß der auf Grund der gesetzlichen Rechtstitel eingetragenen Hypotheken lediglich nach der Eintragung richtet. Die einzelnen Rechtstitel sind durch das Hypothekengesetz oder durch spätere Gesetze bestimmt [3] und können nicht durch analoge Anwendung erweitert werden [4]. Die gesetzlichen Rechtstitel sind theils generelle, auf alle Immobilien des Schuldners bezügliche, theils spezielle, die sich auf die Objekte beschränken, bezüglich deren die Forderung entstanden ist [5]. Die einzelnen Rechtstitel sind:

1. Der Staat wegen der rückständigen ordentlichen und außerordentlichen Staatsabgaben [6]. Es erstreckt sich dieß nicht wie nach gemeinem Rechte [7] auf andere Forderungen des Staates wie z. B. auf Forderungen für Erträgnisse aus dem Staatseigenthum [8] oder aus einem Vertrage [9]. Der Titel ist für alle Rückstände begründet [10]; doch wird eine Eintragung nicht beantragt, wenn der

---

[3] H.G. § 12.

[4] Regelsberger, H.R. § 50, 3; Becher § 121 B, I.

[5] Der überwiegende Theil der Rechtstitel ist generell. In der nachfolgenden Darstellung wird bei den einzelnen Rechtstiteln unterschieden werden, ob sie generell oder speciell sind.

[6] H.G. § 12. Nr. 1. Regelsberger § 50, 5; Becher § 121 B I. 1 a. Bleibt aufrechterhalten gegenüber dem B.G.B. zufolge Art. 91 E.G. z. B.G.B.

[7] Dernburg, Pf.R. I. § 41. 42.

[8] Z. B. den Preis für Forsterzeugnisse Z.A.B. V. 380.

[9] Gönner, Comment. I. 190; Regelsberger § 50, 4, 5; Samml. XI. 452.

[10] Gönner, Comment. I. 190 und Lehner, H.R. § 48 Nr. 2 wollen diesen Anspruch nur für die Rückstände gewähren, welche nicht durch Prior.O. § 12, 6, jetzt Art. 108 Ziff. 1 Subh.Ordn. und § 52 Ziff. 2 R.K.O. privilegirt sind, also für die Rückstände aus dem laufenden und den beiden unmittelbar vorhergehenden Jahren ausschließen. Allein die Bestimmung der Pr.O. war nur für den Fall des Concurses gegeben, mit dessen Eröffnung die Möglichkeit der Eintragung von Hypotheken überhaupt hinwegfiel; solange der Concurs nicht eröffnet war, konnte daher eine derartige Unterscheidung zwischen privilegirten und nicht privilegirten Rückständen überhaupt nicht gemacht werden. Die Rückstände sind immer eine persönliche Schuld dessen, für den sie er-

Rückstand unter fünf Gulden beträgt [11]. Der Anspruch steht nur der Staatsbehörde, dagegen Dritten nur dann zu, wenn er ihnen ausdrücklich abgetreten worden ist, nicht aber bei freiwilliger Zahlung für den Schuldner [12].

2. Die öffentlichen Stiftungen und die Gemeinden wegen aller durch die Verwaltung ihres Vermögens entstehenden Forderungen, wenn nicht auf andere Weise Sicherheit geleistet ist, an den Immobilien der Verwalter und ihrer Bürgen [13]. Der Anspruch geht Verwaltern gegenüber auf die Eintragung einer Summe, welche dem beiläufigen Betrage der aus der Verwaltungsführung allenfalls entstehenden Forderungen oder dem Betrage der aus der geführten Verwaltung erwachsenen Verbindlichkeiten entspricht; den Bürgen gegenüber wird der Betrag durch den Bürgschaftsvertrag bestimmt [14].

3. Nach früherem Rechte [15] hatte der Grundherr einen gesetzlichen Titel wegen der Rückstände an den auf einem grundherrlichen Gute haftenden grundherrlichen Abgaben an Geld, Naturalien oder Leistungen ohne Unterschied und wegen der den Grundholden gemachten Vorschüsse an Speise- und Samengetreide zur Erwerbung einer Hypothek auf dem grundbaren Gute. Mit Aufhebung des grundherrlichen Verbandes ist der Anspruch bezüglich der früheren gutsherrlichen Abgaben auf die nicht abgelösten Grundrenten und bei der Ablösung auf die an ihre Stelle tretenden Zinsen der Bodenzinskapitalien übergegangen [16].

4. Gläubiger von Realrenten wegen der Rückstände an diesen

---

wachsen sind, selbst wenn sie in Leistungen aus Reallasten bestehen, und es wird erst durch die Eintragung auf Grund des gesetzlichen Hypothekentitels ein Anspruch gegen ein bestimmtes Immobile geschaffen Finanzgesetz 28/12 31 § 32 oben § 187 Nt. 28, während die Bestimmung der Prioritätsordnung einen Vorzug nur hinsichtlich des Gesammtvermögens des Cridars gewährte. Das Gleiche gilt auch für das Verhältniß zum § 54 Ziff. 2 R.K.O. und Art. 108 Ziff. 1 Subh.Ordg. Zustimmend Regelsberger § 50 Ziff. 1; Becher § 121 Nt. 34.

[11] Min.Reskr. 22/11 1824 bei Jungermann Handbuch 214.

[12] Lehner, H.R. § 48 Nr. 4. Jungermann, Handbuch 214, 2. A. M. Gönner, Comment. I. 190. e.

[13] H.G. § 12 Nr. 2. Bleibt aufrechterhalten gegenüber dem B.G.B. zufolge Art. 91 E.G. z. B.G.B.; s. oben § 202a, 5.

[14] Gönner, Comment. I. 191 f.

[15] H.G. § 12, 3.

[16] Ablösungsgesetz 4/6 48 Art. 29.

jährlichen Leistungen auf den damit behafteten Sachen [17], ebenso wegen der Zinsen aus den an Stelle der Renten etwa getretenen Ablösungskapitalien. Es gehören dahin Leistungen in Geld wie Bodenzinse, Ewiggilten und als Reallasten bestellte Leibrenten [18] und in Naturalien [19]; Voraussetzung ist dabei, daß die Rente eine jährliche [20] und während der Eigenthumszeit des gegenwärtigen Eigenthümers oder seines Erblassers angefallen ist [21].

5. Minderjährige und unter Curatel gesetzte Personen wegen aller aus der geführten Vermögensverwaltung begründeten Forderungen auf den Immobilien der Vormünder oder Curatoren und deren Bürgen [22]. Der Rechtstitel ist mit der Bestellung des Vormunds gegeben und erstreckt sich auf Sicherheitsleistung für diejenigen Theile des beweglichen Vermögens des Curanden, welche in den Händen des Vormunds verbleiben. Weitere Sicherheit hat der Vormuud nur dann zu leisten, wenn er in der Verwaltung seines Amtes fahrläßig ist oder die Rechnungsstellung versäumt; in diesem Falle kann die Bestellung einer den zu verrechnenden Einkünften des Vermögens angemessenen Hypothek oder eine verhältnißmäßige Erhöhung der eingetragenen Summe erwirkt werden und darf, falls sich aus der Vormundschaftsrechnung Defekte ergeben, für deren Betrag sofort Hypothekenbestellung verlangt werden [23].

---

[17] H.G. § 12, 4: „Diejenigen, welche aus einer unbeweglichen Sache eine Realrente zu fordern haben wegen der Rückstände an diesen jährlichen Leistungen auf den damit belasteten Sachen.“ Vgl. dazu Art. 113 E.G. z. B.G.B.

[18] Gönner, Comment. I. 195.

[19] Gönner, Comment. I. 195. Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß die Bezeichnung „Realrente“ auch auf Naturalleistungen sich bezieht, welche die Natur von Reallasten haben, da diese ohne Unterscheidung, ob sie in Geld oder Naturalien bestehen, in das Hypothekenbuch eingetragen werden, Instruktion § 16 und oben § 194, 23.

[20] Lehner, H.R. § 51 b, mit Beziehung auf die Novelle 22/2 1822 Abschnitt IV. Die Voraussetzung ist übrigens schon im Gesetze selbst ausgedrückt

[21] Regelsberger § 50 B, 1.

[22] H.G. § 12, 5. Personen, die sich freiwillig unter Curatel begeben, haben diesen Hypothekentitel nicht. Sonst greift er aber für jede Art von Curatel, auch Abwesenheitscuratel (Art. 94 ff. A.G. z. R.C.P.O.) Platz. Aehnlich nach B.G.B. Vgl. die §§ 1844, 232 Abs. 1 Satz 4, § 238 B.G.B. und § 49 des Entw. eines Ges. über die freiwillige Gerichtsbarkeit oben § 204, 25; § 202a, 5.

6. Die Ehefrau wegen ihrer aus dem ehelichen Verhältnisse gegen den Ehemann begründeten vermögensrechtlichen Ansprüche[24]. Es gehören dahin die Ansprüche wegen ihres bei Eingehung der Ehe eingebrachten Vermögens, namentlich wegen des Heirathsguts, und aller der Nutznießung oder der Verwaltung des Ehemanns überlassenen Illaten[25], die Rechte, welche ihr aus dem Ehevertrage zustehen[26], die Entschädigungsansprüche für die mit ihrem Ehemann übernommenen Verbindlichkeiten und der Ersatz für ihre von ihrem Ehemanne veräußerten Güter. Dieser Titel kann nur während der Dauer der Ehe[27] und nur gegen den Ehemann, nicht gegen dessen Rechtsnachfolger geltend gemacht werden[28].

7. Die Abkömmlinge[29] auf den Immobilien ihrer Ascendenten für das auf Grund der elterlichen Gewalt in deren Händen befindliche Vermögen[30], nämlich für das Vater- und Muttergut[31],

---

[23] H.G. § 20. Die Bestimmung fällt größtentheils in das Vormundschaftsrecht: Regelsberger § 50 A 3; Becher § 121 B 1 c.

[24] H.G. § 12, 6. Dem B.G.B. unbekannt; vgl. jedoch § 1391, 232 Abs. 1 Satz 4, § 238 B.G.B.

[25] H.G. § 104 Nr. 5.

[36] Dahin sind nur die aus dem Ehevertrag als solchem sich ergebenden Rechte zu rechnen, namentlich Wittum, Widerlage und Morgengabe, nicht aber die durch einen mit dem Ehevertrage verbundenen Erbvertrag eingeräumten Rechte, da der Wortlaut des Gesetzes nur auf die ersteren sich bezieht. Auch auf die durch das Gesetz der Ehefrau eingeräumten Vermögensrechte z. B. den Alimentationsanspruch erstreckt sich der Rechtstitel nicht: Bl. VIII. 93.

[27] Ebenso Lehner, H.R. S. 83; Regelsberger § 50 Ziff. 4. A. M. Gönner I. S. 199; Becher § 121 Nt. 37.

[28] Bl. XI. 182. XXXI. 160; Ztschr. f. Not. 1866 S. 224.

[29] H.G. § 12, 7 sagt: „Kinder“, unter welchem Ausdruck alle Abkömmlinge zu verstehen sind. Erk. 25/5 53 Bl. XXIII. 71; Lehner, H.R. § 54, 1. — Dem B.G.B. unbekannt; vgl. jedoch auch §§ 1667, 1668, 232 Abs. 1 Satz 4 und § 238 B.G.B.

[30] H.G. § 12, 7: „Kinder wegen desjenigen, was sie als Vater- oder Muttergut oder sonst erworbenes Vermögen oder als Voraus bei Einkindschaftungen zu fordern haben auf den Immobilien ihrer Eltern.“ Zweifellos wird hier vorausgesetzt, daß der Ascendent die Vermögenstheile, für welche Hypothek bestellt werden soll, in Ausübung der elterlichen Gewalt in Händen hat, nicht aber auf Grund eines anderen civilrechtlichen Titels z. B. eines Darlehens Bl. III. 336; XIX. 301. Vgl. hieher auch Bl. XXIII. 71; d. Not.Zeit. 1881 S. 188.

[31] Vgl. oben §§ 101 und 102.

das übrige den Kindern zustehende und von den Eltern verwaltete Vermögen [32] und den Voraus bei Einkindschaftungen [33].

8. Vermächtnißnehmern, Erbschaftsgläubigern und Miterben [34] steht für die in der Erbtheilung bestimmten Hinauszahlungen und wegen Entwehrung der darin enthaltenen Sachen ein Hypothekentitel an den zu der Erbschaft gehörigen oder den Miterben zugetheilten Immobilien zu, wenn die Erbschaft ohne Rechtswohlthat des Inventars angetreten worden ist [35].

9. Baumeister und Bauhandwerker, Arbeiter und Lieferanten von Materialien haben wegen der für die Errichtung, Wiederherstellung oder Ausbesserung von Gebäuden, Kanälen und anderen Werken entstandenen Forderungen einen gesetzlichen Hypothekentitel an diesen Werken [36]. Es erstreckt sich dieß jedoch nicht auf andere Forderungen, die mit Bauunternehmungen zusammenhängen [37].

---

[32] Vgl. oben § 101, 102. Die von Lehner, H.R. § 54c aufgestellte Ansicht, daß der Vater für das seiner Verwaltung und Nutznießung unterstellte bewegliche Vermögen der Kinder als Curator nach H.G. § 12, 5 Caution zu stellen habe, ist nicht begründet und widerspricht dem bei uns geltenden Recht, vgl. oben § 174 Nt. 33.

[33] Vgl. oben § 93.

[34] H.G. 12, 8 Bl. XI. 182. Es ist nicht Sache des Verlassenschaftsgerichts, die Eintragung dieser gesetzlichen Hypothek beim Hypothekenamte zu veranlassen; Samml. XIV. 130; dazu Becher § 121 Nt. 44. Dem B.G.B. unbekannt.

[35] Ist die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, so kann bis zur Vereinigung der Verlassenschaft eine Hypothek nicht giltig eingetragen werden. Vgl. oben § 201 Ziff. II. 2.

[36] H.G. § 12, 9. Vgl. dazu Bl. XLIV. 309; LIII. 212; Erg.Bd. XIII. 377; Samml. VII. 1035; XV. 701; XII. 120 (Communmauer). Nach § 648 B.G.B. kann der Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Theiles eines Bauwerks für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek (§§ 1184 ff.) an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

[37] Gönner, Comment. 1. 203; Lehner, H.R. § 56, 2. Gemeinrechtlich ist das gesetzliche Pfandrecht nur den Darlehen für Wiederherstellung von Gebäuden gegeben Windscheid § 231, 9, die nach Bayrischem Rechte einen gesetzlichen Rechtstitel nicht anzusprechen haben.

10. Inhaber und Pächter von Bierbrauereien haben für ihre Forderungen an Bierwirthe für geliefertes Bier und Branntwein einen gesetzlichen Hypothekentitel an den Immobilien dieser[38].

11. Hypothekengläubiger für Hypothekenzinsen und Streitkosten[39]. Der Hypothekengläubiger hat einen gesetzlichen Titel auf Eintragung der bei der Ausklagung und Eintreibung von Hypothekenschulden entstandenen und dem Eigenthümer richterlich auferlegten Streitkosten, sowie der Hypothekenzinsrückstände des dritten und vierten Jahres[40] und zweijähriger Verzugszinsen.

12. Forderungsberechtigte an landwirthschaftlichen Erbgütern. An landwirthschaftlichen Erbgütern haben einen gesetzlichen Hypothekentitel auf Eintragung der Vorgänger im Erbgute für die Summe, welche er sich bei der Uebergabe als Eigenthum vorbehalten hat, die Anerben für ihre Abfindungssummen und alle Personen, welche Alimente aus dem Erbgut anzusprechen haben, für diese[41].

13. Die Versicherungskammer (Abtheilung für Brandversicherung) hat wegen der von ihr zum Besten der Hypothekengläubiger oder der Miteigenthümer eines vom Versicherten vorsätzlich oder fahr-

---

[38] H.G. § 12, 10. Nach Bl. XXXIV. 415 ist dieß auch anwendbar auf Bräuer, welche von anderen Bräuern Bier zum Ausschenken beziehen. Dem B.G.B. unbekannt.

[39] H.G. § 12, 11.

[40] H.G. § 12, 11 gewährt den Rechtstitel für die nicht über zwei Jahre rückständigen Zinsen von Hypothekenschulden. Da jedoch die Rückstände eingetragener Hypothekzinsen nach H.G. § 43 für das laufende und nächst vorhergehende Jahr das dingliche Recht der Hauptforderung anzusprechen haben, so ist der in H.G. § 12, 11 bestimmte gesetzliche Titel für die weiteren zweijährigen Rückstände also die des dritten und vierten Jahres gegeben, wie dieß H.G. § 43 auch ausdrücklich ausgesprochen ist; vgl. unten § 191, 27; Lehner, H.R. § 58, 2; Jungermann, Handbuch 253, 5; Graf, Comment. III. 23; Regelsberger § 50 B zu Nt. 29; Becher § 121 zu Nt. 46. Daher erscheint die besondere Hypothekenbestellung für Zinsrückstände des laufenden und unmittelbar vorhergehenden Jahres nicht zuläßig. Bl. IX. 61. — Der Hypothekentitel richtet sich nur gegen den persönlichen Schuldner der Zinsen. Regelsberger § 50 B 2b. — Nach § 1118 B.G.B. haftet das Grundstück kraft der Hypothek auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung, sowie für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung.

[41] Ges. 22/2 55 Art. 27. Wird gemäß Art. 59 E.G. z. B.G.B. aufrechterhalten bleiben.

läßig in Brand gesetzten Gebäudes gegen seinerzeitige Rückvergütung aus dem Vermögen des Schuldners vorgeschossenen Entschädigung einen gesetzlichen Hypothekentitel auf Eintragung auf dem Immobiliarvermögen des Schuldners[42].

14. Jeder Gläubiger, der für eine Geldforderung einen vollstreckbaren Titel besitzt, hat wegen dieser einen gesetzlichen Hypothekentitel auf Vormerkung einer Hypothek auf dem unbeweglichen Vermögen des Schuldners (Zwangshypothek)[43].

15. Jeder Gläubiger, der mit einer den Arrest in das unbewegliche Vermögen anordnenden Entscheidung versehen ist, hat wegen der Arrestforderung einen gesetzlichen Hypothekentitel auf Vormerkung einer Hypothek auf dem unbeweglichen Vermögen des Arrestschuldners (Arresthypothek)[44].

§ 206.

2. Die freiwilligen Rechtstitel[1].

Der Eigenthümer kann nach bayrischem Hypothekenrecht durch seine Willenserklärung die Begründung einer Hypothek veranlassen. Zur freiwilligen Hypothekenbestellung wird vorausgesetzt, daß dem Schuldner die Befugniß, zu Zwecken des Hypothekenbuchs zu verfügen, unbeschränkt zusteht[2] und daß eine rechtsgiltige Willenserklärung vorliegt[3]. Diese kann bestehen

---

[42] Art. 46 Abs. 2 des Brandvers.Ges. v. 3. April 1875 mit Ges. v. 11. Mai 1896 über die Viehversicherungsanstalt. Aufrechterhalten durch Art. 91 E.G. z. B.G.B.; vgl. oben § 204, 25.

[43] § 757 R.C.P.O.; Art. 40 Nov. z. Subh.Ord. Bl. LVIII. 238; Becher § 323. Damit ist § 12 Ziff. 12 H.G. gegenstandslos geworden. § 757 b, c R.C.P.O. (Anl. z. D. S.; Art. I. Nr. 214 des Entw. eines Ges., betr. Aender. D. C.P.O. [Bund.R.Vorl.]).

[44] § 811 R.C.P.O.; Art. 44 Nov. z. Subh.Ord.; Becher § 324. Bei der Zwangs- wie der Arresthypothek findet auch § 11 Hyp.Ges. Anwendung. § 757 b, c R.C.P.O. (Anl. z. D. S.; s. Nt. 43.).

[1] Dernburg, Pr. P.R. I. § 320; Regelsberger, H.R. § 51. 52; Becher § 121 B, II.; Römer, Pf.R. § 25—28; Müller, Pf.R. § 46; Exner, H.R. § 22.

[2] § 14 H.G.: „Hiezu wird von seiten desjenigen, welcher die Hypothek bewilligt, das Recht und die Fähigkeit erfordert, über die Sache zu verfügen, womit er durch Hypothek Sicherheit stellen will." Vgl. oben § 201. Die oben § 188 aufgeführten Dispositionsbeschränkungen stehen alle der freiwilligen Hypothekerrichtung entgegen. Ebenso ist die persönliche Dispositionsfähigkeit vorausgesetzt.

[3] § 15 H G.: „Aus einem Vertrage kann der Gläubiger die Eintragung

I. in einer einseitigen Verpfändungserklärung, nämlich:

1. In einer letztwilligen Verfügung. Gemeinrechtlich kann der Erblasser einem Gläubiger oder Vermächtnißnehmer ein Pfandrecht an den Sachen der Erbschaft bestellen, welches mit dem Erbschaftsantritt in Wirksamkeit tritt [4]. Dieß ist im bayrischen Hypothekengesetz in der Art angenommen, daß für den Gläubiger dadurch ein Rechtstitel auf Eintragung der Hypothek geschaffen wird, der von dem Bedachten geltend gemacht werden kann, sowie das Vermächtniß in Wirksamkeit getreten ist [5]. Die Meinung, daß dadurch nur eine obligatorische Verpflichtung des Erben zur Eintragsbewilligung begründet werde, entbehrt nach dem Wortlaute der gesetzlichen Bestimmungen der Begründung [6]. Dagegen enthält die letztwillige Verfügung der Bestellung einer Hypothek auf Immobilien des Erben nicht einen Rechtstitel für den Bedachten, sondern nur eine obligatorische Verpflichtung des Beschwerten zur Hypothekenbestellung [7]. **Nach B.G.B. begründet das Vermächtniß stets nur einen obligatorischen Anspruch auf Abschluß des dinglichen Vertrags** [8].

---

einer Hypothek nur alsdann verlangen, wenn sie in einer giltigen und, wo es die Gesetze nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte oder Personen fordern, öffentliche Urkunde ausdrücklich bedungen wurde; zu Verträgen siegelmäßiger Personen bedarf es nach dem Edikte über die Siegelmäßigkeit § 5 und 6 keiner gerichtlichen Fertigung."

[4] Dernburg, Pr. P.R. I. 287—289.

[5] H.G. § 13 Regelsberger, H.R. § 51. I.; Becher § 131 B, II. 1.

[6] Regelsberger, 1. Aufl. H.R. § 51, 1 gieng von der Ansicht aus, daß nach neuerem Recht die letztwillige Pfandbestellung des Erblassers nur eine obligatorische Verpflichtung der Erben zur Eintragsbewilligung erzeuge. Die Bestimmung des Bayr. H.G. § 13: „durch erklärten Privatwillen kann eine Hypothek entweder in einer letztwilligen Verfügung oder in einem Vertrag zugestanden werden" und § 14: „Hiezu wird von seiten desjenigen, welcher die Hypothek bewilligt, das Recht und die Fähigkeit erfordert, über die Sache zu verfügen," steht dieser Auslegung entgegen, da das Gesetz den durch letztwillige Verfügung bestellten Pfandrechtstitel dem vertragsmäßigen völlig gleichstellt. Ebenso wie im Texte nun Regelsberger 2. Aufl. § 51, I und Becher § 121 Nt. 50; Gönner I. 218; Lehner, H.R. § 67.

[7] Dernburg, Pr. P.R. I. 288; Regelsberger 2. Aufl. § 51, I. A. M. Becher § 121 Nt. 50, Heyne, Comment. I. 236, 3; Römer, Pf.R. § 25, 3 und Exner, H.R. § 23, 25, welche die Bestellung eines Pfandrechts an Sachen des Erben durch den Erblasser mit der an der eigenen Sache des Erblassers gleichstellen wollen.

[8] Vgl. oben § 204, 21; M. I. Bd. III. S. 601.

2. Zur Entstehung der Inhaberhypotheken genügt die notariell beurkundete einseitige Erklärung des Eigenthümers, daß er die Hypothek bestelle[9]; **nach B.G.B. genügt eine solche formlose Erklärung gegenüber dem Grundbuchamte**[10].

II. In einem Verpfändungsvertrage.

1. Ausdrückliche vertragsmäßige Hypothekbestellung. Während nach älterem Rechte nur urkundliche Erklärung und Einhaltung derjenigen besonderen Formen vorgeschrieben war, welche die einzelnen Statuten nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte oder der Personen forderten, muß der Verpfändungsvertrag nach jetzigem Rechte in einer Notariatsurkunde abgeschlossen werden[11]. Dieß ist als Einführung eines allgemeinen Verbriefungszwangs für Hypothekenbestellung durch erklärten Privatwillen unter Lebenden aufzufassen[12], so daß jetzt die vor dem Hypothekenamte von dem Schuldner erklärte Bewilligung der Hypothekenbestellung[13] nicht mehr als ein zur Eintragung genügender Titel erscheint[14], was überdieß durch Landtagsabschied 29/4 69 § 60 ausdrücklich ausgesprochen ist[15]. Die Grundlage bildet die Forderung des Gläubigers, welche in der Urkunde

---

[9] Art. 19 Abs. 1 des Ges. v. 18. März 1896 über die Inhaberpapiere. Die Formen der vor dem 18. März 1896 erfolgten Bestellung von Inhaberhypotheken richten sich nach bisherigem Rechte: Art. 26 Abs. 2 cit. Ges.

[10] § 1188 Abs. 1 B.G.B.

[11] Nach Not.Ges. 10/11 1861 Art. 14.

[12] Die Aufsätze in Stenglein, Zeitschr. II. 17 f. dann Bl. XXXIII. 145, 177 und 193 gehen von der Ansicht aus, daß zur Begründung einer Hypothek durch Disposition unter Lebenden eine Notariatsurkunde nicht erforderlich sei entweder, wenn der Schuldner nach H.G. § 16 die Eintragung der Hypothek stillschweigend genehmige, oder wenn er nach H.G. § 107 selbst den Antrag darauf stelle. S. dagegen Zink, Comment. 433 und Nachtrag 70 f.; Graf, Comment. III. 28; Z.A.B. III. 337 f.; Bl. XXXI. 197; XXXI. 232; XXXII. 369; XXXIII. 145; XXXIV. 162; Samml. I. 188; Becher § 121 Nt. 53; Regelsberger § 51, 5 und unten Note 18.

[13] H.G. § 107.

[14] Graf Comment. III. 27.

[15] L.T.A. 29/4 69 § 60: „Bei Bestellung von Hypotheken ist die Acceptation des Berechtigten . . . dem Gebote des Art. 14 des Notariatsgesetzes nicht unterworfen.“ Damit ist die Nothwendigkeit der notariellen Verbriefung zur Bestellung von freiwilligen Hypotheken durch Disposition unter Lebenden anerkannt, wie dieß auch der Aufsatz Bl. XXXIV. 162 annimmt. Damit scheint auch die in H.G. § 16 für zuläßig erklärte stillschweigende Genehmigung des Schuldners nicht mehr als genügend. Vgl. dazu oben Nt. 12.

entweder festgesetzt oder anerkannt wird, und die Einräumung einer Hypothek für diese. Die Forderung muß immer auf einem speciellen Rechtstitel beruhen, der übrigens nicht nothwendig in dem Vertrage selbst benannt sein muß, da auch seine Eintragung in das Hypothekenbuch nicht erforderlich ist [16]. **Der zu einer Hypothek berechtigende obligatorische Vertrag kann nach B.G.B. formlos abgeschlossen werden; ebenso der dingliche Vertrag, d. i. die Einigung der Parteien, daß die Hypothek entstehen soll; jedoch sind die Betheiligten vor der Eintragung an die Einigung nur dann gebunden, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Theile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung (§§ 28, 29 R.G.B.O.) ausgehändigt hat** [17].

2. Stillschweigende vertragsmäßige Hypothekbestellung [18]. Auch hier sind die Formen der ausdrücklichen vertragsmäßigen Hypothekenbestellung zu wahren. Die einzelnen Fälle sind:

a) Der bei der Veräußerung einer unbeweglichen Sache zur Sicherstellung des rückständigen Kaufpreises bedungene Eigenthumsvorbehalt berechtigt im Zweifel den Gläubiger wegen der Kaufpreisforderung eine Hypothek auf die verkaufte Sache einschreiben zu lassen. Das Hypothekenamt ist sogar bei Meidung eigener Haftung verpflichtet, diese Hypothek von Amtswegen einzuschreiben, wenn sich aus den vorgelegten Besitzveränderungsurkunden ein solcher Eigenthumsvorbehalt ergibt [19].

---

[16] Bl. XIII. 106, XLII. 215; Samml. VI. 794. A. M. Bl. Erg.Bd. II. 302; Gönner II. 252, 261; Lehner, H.A.O. S. 110, 111; Becher § 100 Nt. 58. S. auch D. Not.Zeit. 1873 S. 129 ff.

[17] § 873 B.G.B.; vgl. schon oben § 128, 45. Zu Gunsten der Landesgesetzgebung sind jedoch Vorbehalte in Art. 141, 142 E.G. z. B.G.B. enthalten.

[18] § 16 Hyp.Ges. enthält keine stillschweigende vertragsmäßige Hypothekbestellung. Zum Folgenden s. Regelsberger § 51 lit. B. — Vgl. hieher besonders auch M.E. v. 20. Nov. 1863, den Vollzug des § 99 Ziff. 2 Hyp.Ges. betr. (J.M.Bl. S. 202). Vgl. dazu auch Bl. XII. 12; XVIII. 197. — Nach B.G.B. gilt hier lediglich das zu Nt. 17 Gesagte.

[19] § 15 Abs. 2 und § 99 Ziff. 2 Hyp.Ges.; bezüglich des Eigenthumsvorbehalts s. Näheres § 201 Nt. 38 ff. — Es wäre irrig, einen gesetzlichen

b) Ergiebt sich aus den dem Hypothekenamte vorgelegten Besitzveränderungsurkunden, daß der Uebergeber einer unbeweglichen Sache sich für seine Person Alimente vorbehalten oder statt des Kaufschillings bestimmte künftige Hinausbezahlungen oder andere Leistungen von dem Uebernehmer vorbehalten hat, so ist im Zweifel als Vertragswille anzunehmen, daß diese Forderungen auf das Uebergabsobjekt als Sicherheit angewiesen sein sollen, und das Hypothekenamt hat sogar ohne besonders hierauf gerichteten Antrag bei Meidung eigener Haftung eine Hypothek auf dem Uebergabsobjekte für diese Forderungen von Amtswegen einzuschreiben, sobald sonst die genügende Unterlage für eine Einschreibung vorhanden ist[20].

c) Nach der Praxis enthält jede Anweisung einer Forderung auf eine bestimmte unbewegliche Sache eine stillschweigende Hypothekenbestellung[21].

§ 207.

IV. Die Eintragung.

Die rechtsgültige Entstehung einer Hypothek setzt ihre Eintragung in der III. Rubrik eines Hypothekenfoliums voraus. Nicht nur die Wirkung gegen Dritte, sondern auch die Begründung des Rechtsverhältnisses unter den Betheiligten hängt von der Eintragung ab[1]. Nur für diejenige Forderung und für diejenige Höhe der

---

Hypothekentitel hier anzunehmen, wie sich aus der Stellung des § 15 Abs. 2 Hyp.Ges. im Gesetz ergibt; vgl. auch Regelsberger § 51 lit. B Ziff. 1.

[20] § 99 Ziff. 2, § 137 Hyp.Ges.

[21] Gönner I. 224, 225; Bl. f. R.A. XVIII. 192; zu weitgehend Bl. f. R.A. XVIII. 198, wonach in jedem Vorbehalte von Alimenten u. s. w. eine Anweisung auf das Gut erblickt werden soll; XXVI. 302 (wo die Anweisung, es solle ein Gehalt aus den Einkünften eines bestimmten Gutes bezahlt werden, schlechthin als stillschweigende Hypothekbestellung aufgefaßt wird); indeß der Wille, wenigstens Sicherheit durch das Gut gewähren zu wollen, muß, damit im Zweifel die Absicht, eine Hypothek bestellen zu wollen, angenommen werden kann, immerhin klar und deutlich aus den Erklärungen hervorgehen; mit Recht daher gegen obige Annahme Bl. f. R.A. XXVI. 302 (Nachschrift). Vgl. hieher auch Regelsberger § 51 lit. B Ziff. 2, im wesentlichen mit der hier vertretenen Auffassung übereinstimmend.

[1] § 21 H.G. Vgl. oben § 198, 13. Damit sind die gemeinrechtlichen Begründungsarten Vertrag und Gesetz beseitigt und zu Hypothekentiteln geworden.

Forderung entsteht die Hypothek, die im Hypotheken(Grund)buch eingetragen wird [2].

Das Gleiche gilt nach B.G.B. für alle Arten von Hypotheken [3]. Nur im Falle der Schuldner eines verpfändeten Rechtes auf Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke die Leistung an den Pfandgläubiger bewirkt, entsteht schon mit der Leistung ohne Eintragung eine Sicherungshypothek am Grundstücke für den Pfandgläubiger [4]; sie bedarf der Eintragung nur, um gegen die Wirkungen der Publicität gesichert zu sein.

Für die Eintragung gelten folgende Grundsätze [5]:

I. Veranlassung der Eintragung. Die Eintragung einer Hypothek kann von Amtswegen verfügt werden oder auf Antrag erfolgen. Die Eintragung von Amtswegen ist vorgeschrieben, wenn aus den behufs Eintragung einer Besitzveränderung dem Hypothekenamte vorgelegten Urkunden sich ergiebt, daß der Uebergebende sich eine Hypothek für den Kaufschilling oder für seine Person Alimente vorbehalten oder statt des Kaufschillings sich bestimmte künftige Hinausbezahlungen oder Leistungen des Uebernehmers ausbedungen hat [6]. In allen anderen Fällen — **nach B.G.B. stets** [7] — ist zur Eintragung einer Hypothek ein Antrag erforderlich. Dieser kann nach jetzigem Rechte gestellt werden:

---

[2] § 873, 1113 Abs. 1 B.G.B. Eine Abschwächung des Eintragungsprincips enthält § 1118 B.G.B.

[3] § 128 Abs. 3, §§ 134, 145, 160, R.Sub.Ordn.; § 873 Abs. 1, § 648 B.G.B.; vgl. oben § 128 Ziff. 3. M. I. Bd. III. S. 600, 601.

[4] § 1287 B.G.B.; vgl. oben § 204, 27. Andere Ausnahmen sind mir wenigstens bis jetzt nicht bekannt geworden.

[5] Vgl. Regelsberger § 57; Becher § 123.

[6] H.G. § 99: „Ueberdieß muß das Hypothekenamt . . . 2) wenn bei Veränderung des Besitzers aus den darüber vorgelegten Urkunden erhellt, daß der Uebergebende sich das Eigenthum oder eine Hypothek für den Kaufschilling oder für seine Person Alimente vorbehalten habe, oder statt des Kaufschillings bestimmte künftige Hinausbezahlungen oder Leistungen von dem Uebernehmer bedungen worden, darüber sogleich bei Eintragung des neuen Besitztitels die zu Sicherung dieser Rechte durch § 139 vorgeschriebenen Einträge, auch ohne ausdrückliches Verlangen des Betheiligten vornehmen." Instr. z. H.G. § 24. Vgl. Lehner, H.A.O. § 19 und 171 Nr. 8 und oben § 193, 21; Regelsberger § 24, 3; Becher § 101 Ziff. I.

[7] § 13 R.G.B.O. Ausnahmen bestehen meines Wissens nicht, auch da nicht, wo gesetzlich die Eintragung einer Hypothek vorgeschrieben ist, da hier

1. Von dem Gläubiger [8] oder dem Eigenthümer [9] und ihren legitimirten gesetzlichen Vertretern [10] und Bevollmächtigten [11].

2. Von den Gläubigern eines Schuldners, dem eine zur Hypothek berechtigte Forderung zusteht, insofern die Unterlassung der Eintragung für die Befriedigung ihrer Forderungen präjudicirlich erscheint [12].

3. Von den Bürgen eines Schuldners, wenn der Gläubiger sein Recht auf Erwerbung einer Hypothek nicht ausübt [13].

4. Von den Verwandten einer minderjährigen oder unter Curatel gestellten Person und von jedem Dritten auf Eintragung der diesen auf dem Vermögen des Vormunds oder Curators einzuräumenden Hypothek [14].

5. Von den Verwandten minderjähriger Kinder und von jedem Dritten auf Eintragung der diesen an den Immobilien der Eltern zu bestellenden Hypothek [15].

6. Von den Verwandten einer Ehefrau auf Eintragung der dieser an den Immobilien des Ehemanns zu errichtenden Hypothek [16].

7. Von Seiten des zuständigen Gerichts als Vormundschaftsbehörde auf Eintragung der Hypothek minderjähriger Ehefrauen

---

das Grundbuchamt doch immer auf die Antragstellung oder mindestens auf das Ersuchen einer Behörde zu warten hat, z. B. § 128, 134, 145, 160 der R.Subh.Ordn.

[8] Unter mehreren Mitgläubigern kann jeder einzelne auf die ganze Forderung die Eintragung der Hypothek im Namen aller Mitgläubiger verlangen H.G. § 104. 3.

[9] H.G. § 107: „Auf Verlangen oder mit ausdrücklicher Genehmigung desjenigen für welchen der Eintrag eine Verbindlichkeit hervorbringt z. B. des Schuldners . . . kann die Eintragung in das Hypothekenbuch auch ohne Beisein oder Verlangen desjenigen, welcher dadurch ein Recht oder einen Vortheil erhält, vorgenommen werden." Vgl. L.T.A. 1869 § 60 oben § 206, 15.

[10] Dahin gehören: der Vormund und Nebenvormund für minderjährige Interessenten H.G. § 104, 4 und 5. Vgl. dazu Becher § 102 A II. und B.

[11] H.G. § 103. Vgl. oben § 193, 19. Vgl. dazu Becher § 102 A II. und B.

[12] H.G. § 104 Nr. 1.

[13] H.G. § 104 Nr. 2. Hier können die Bürgen des Schuldners beantragen, daß dieser dem Gläubiger Hypothek bestelle, um sich vor dem Rückgriffe des Letzteren zu sichern.

[14] H.G. § 104 Nr. 4. Vgl. oben § 205 Nr. 5.

[15] H.G. § 104 Nr. 4. Vgl. oben § 205 Nr. 7.

[16] H.G. § 104 Nr. 5. Vgl. 5. Vgl. oben § 205 Nr. 6.

an dem Vermögen des Ehemanns, minderjähriger Abkömmlinge an dem Vermögen der Ascendenten und minderjähriger und unter Curatel gestellter Personen an dem Vermögen der Vormünder und Curatoren [17].

8. Von Seiten des Notars, welcher den Ehevertrag aufgenommen hat, auf Eintragung der der Ehefrau auf dem Vermögen des Ehemanns zu bestellenden Hypothek [18].

9. Von Seiten der Gerichte oder sonstigen Behörden in allen Fällen, wo ihnen gesetzlich die Verbindlichkeit der Anmeldung von Forderungen bei dem Hypothekenamt obliegt [19].

Nach der Reichsgrundbuchordnung ist sowohl der Eigenthümer als der Hypothekengläubiger berechtigt, den Antrag auf Eintragung zu stellen [20], auch der Notar Namens eines Antragsberechtigten, wenn die zur Eintragung erforderliche Erklärung von ihm beurkundet oder beglaubigt ist [21], sowie die Gerichte oder sonstigen Behörden, sofern ihnen gesetzlich die Verpflichtung zur Anmeldung von Hypothekeintragungen obliegt [22]. Der Eintragungsantrag sowie die Vollmacht zur Stellung eines solchen bedürfen keiner Form, außer wenn durch den Antrag zugleich eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung ersetzt werden soll [23], in welchem Falle die Form der Erklärung gewahrt werden muß. Das Ersuchen seitens der Behörden erfolgt stets formlos [24]. Mit dem Antrag ist dem Grundbuchamt auch

[17] H.G. § 104 Nr. 4 und 5.

[18] H.G. § 104 Nr. 5. Die hier dem Gerichte, welches die Ehepakten aufgenommen hat, eingeräumte Befugniß ist nunmehr auf die Notare übergegangen, welche allein zur Aufnahme von Ehepakten competent sind. Ob diese Befugniß auf die Notare übergegangen und nicht vielmehr ganz weggefallen sei, ist bestritten. Vgl. Becher § 102 Nt. 3.

[19] H.G. § 104 Nr. 6. Vgl. dazu §§ 139 H.G.; Art. 37 Flurbereinigungsges. v. 29. Mai 1866. Vgl. dazu besonders Becher § 102 A.

[20] § 43 Abs. 2 R.Gr.B.O.

[21] § 15 R.Gr.B.O.

[22] arg. § 39 R.Gr.B.O. Vgl. hieher z. B. §§ 128, 134, 145, 160 mit 130 Abs. 1 R.Subh.Ordn.; § 49 des Entw. eines Ges. über die freiwillige Gerichtsbarkeit (s. oben § 205, 22).

[23] § 30 mit 29 R.Gr B.O.

[24] § 30 R.Gr.B.O. bezieht sich nicht auf die Fälle des § 33 R.Gr.B.O. Natürlich kann durch Specialgesetze Besonderes vorgeschrieben werden; dieß ist aber meines Wissens bis jetzt nicht geschehen.

der dingliche Vertrag nachzuweisen; zum Nachweise dieses genügt aber der Nachweis der Eintragungsbewilligung des Berechtigten, sei es, daß sie selbst vor dem Grundbuchamt abgegeben oder in öffentlicher oder in öffentlich beglaubigter Urkunde dem Grundbuchamte vorgelegt wird[25].

II. Vormerkung[26]. In jedem Antrag auf Eintragung einer Hypothek ist der Antrag auf einstweilige Vormerkung stillschweigend enthalten; das Hypothekenamt muß daher bei jedem Antrage, der nicht sofort als unstatthaft verworfen wird oder dem nicht sofort durch Vornahme stattgegeben werden kann, bei Beginn der Instruktion von Amtswegen die Vormerkung vornehmen[27]. Diese besteht in der vorläufigen Einschreibung der Forderung in der III. Rubrik zum Zwecke der Erhaltung des Rechtes gegenüber allenfallsigen Besitzveränderungen und künftigen Dispositionsbeschränkungen und zur Erhaltung des Vorranges gegenüber anderen Hypotheken[28]. Voraussetzung der Vormerkung ist, daß der Rechtstitel der Forderung vollständig begründet, die Eintragung jedoch wegen Mangels an einer noch zu ergänzenden, die Wesenheit oder Gültigkeit der Handlung nicht berührenden Formalität noch nicht zuläßig, also zeitig gehindert ist[29] oder daß, da eine Bewilligung

---

[25] § 29 R.Gr.B.O. Vgl. oben § 128, 50.

[26] Vgl. hiezu Regelsberger § 67, 68; Becher § 123 Ziff. III.; Bl. I. 223; XLI. 81 ff.; Heyne, Erörterungen, Abs. II.; Prinz, Einfluß §§ 13—43.

[27] H.G. § 106. J.M.E. 26/6 64 II. B. 5 (J.M.Bl. 1864, 217); oben § 193, 37.

[28] Ueber die Wirkungen der Vormerkungen s. Näheres bei Regelsberger § 68 und Becher § 123, III. 3; unten Nt. 40.

[29] H.G. § 30: „Ist eine Forderung, wodurch der Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek an sich begründet wird, durch unverdächtige Urkunden bescheinigt, die Eintragung der Hypothek selbst aber wegen Mangels an einer noch zu ergänzenden und die Wesenheit oder Gültigkeit der Handlung nicht betreffenden Formalität noch nicht zuläßig, so kann die Forderung unter den Hypotheken vorgemerkt werden." Instruktion § 31: „Vormerkungen setzen voraus, daß etwas, was zum Eintrage angemeldet wurde, jetzt und ehe gewisse Umstände berichtiget sind, in das Hypothekenbuch wirksam noch nicht eingetragen werden kann (§ 30 des Hypothekengesetzes) z. B. der Titel zu einer Hypothek, welche angemeldet wird, liegt in einer Privaturkunde, die erst anerkannt werden muß, oder es liegt eine Protestation gegen die Eigenthumsrechte des Besitzers in der Mitte, und gleichwohl soll eine angemeldete Hypothek eingetragen werden u. s. w." Vgl. Bl. I. 223. Regelsberger § 67, 11, 12; Becher § 123, III. 2.

des Eigenthümers noch nicht vorliegt, vor Allem dessen Vernehmung zu bethätigen ist[30]. Jede Vormerkung setzt Bescheinigung der Forderung und des Hypothekentitels durch unverdächtige Urkunden voraus[31]; Bescheinigung durch andere Beweismittel wie Zeugenaussagen oder Eideszuschiebung ist unzuläßig[32]. Für gesetzliche Hypotheken genügt also jede Privaturkunde[33], für die auf Grund richterlicher Entscheidung nachgesuchte Eintragung die Vorlage dieser[34], für die auf letztwilliger Verfügung beruhenden Hypotheken die betreffende Verfügung[35]. Dagegen kann die Vormerkung einer auf erklärtem Privatwillen unter Lebenden beruhenden Hypothekenbestellung jetzt nur auf Grund einer Notariatsurkunde vorgenommen werden[36]. Der Antrag auf Vormerkung kann in dem Antrag auf Eintragung enthalten oder unabhängig davon gestellt sein. Bestritten ist, welche Bedeutung der Vereinbarung der bloßen Vormerkung ohne gleichzeitige Vereinbarung der Hypothekenbestellung zukommt, indem einerseits angenommen wird, die Ausbedingung der Vormerkung diene nur zur Bewahrung des Rechtes auf Erlangung einer Hypothek, setze jedoch die Begründung der letzteren durch Einwilligung des

---

[30] H.G. § 110. Dieß kann jetzt bei der Hypothekbestellung auf Grund freiwilliger Disposition nicht mehr vorkommen, da der Antrag darauf nur unter Vorlage der notariellen Verpfändungserklärung des Schuldners gestellt werden kann. Vgl. oben § 193, 46a.

[31] H.G. § 30; oben Note 29; § 193, 46.

[32] Lehner, H.A.O. § 37 Nr. 2; Gönner I. 325; Becher § 123 Nt. 15; Bl. I. 123; VIII. 95; XLIV. 129–131; LIII. 15; Samml. XI. 741; XIII. 359.

[33] Die Eintragung von Hypotheken auf Grund gesetzlicher Rechtstitel unterliegt nicht dem Verbriefungszwange Zink, Comment. 433; Graf, Commentar II. 64 a.

[34] Graf, Comment. III. 24 c.

[35] Graf, Comment. III. 24 b.

[36] Nach älterem Rechte bedurfte es zur Vormerkung einer Forderung keiner Bescheinigung, wenn der Schuldner selbst den Antrag stellte Gönner, Comment. I. 326, Nr. 5; ebenso wurden Privaturkunden als genügende Bescheinigung für die Vormerkung freiwilliger Hypotheken angesehen, Gönner, Comment. I. 310; Lehner, H.A.O. § 37 Nr. 2; A.E. Bl. X. 10. Auch die Instruktion § 31 setzte die Zuläßigkeit dieses Verfahrens voraus. Daß nach der Bestimmung des Not.Ges. § 12, 2 und § 14 jetzt eine Notariatsurkunde zur Begründung jedes vertragsmäßigen Rechtstitels auf Hypothekenerrichtung erforderlich und daher die Vormerkung auf eine Privaturkunde ausgeschlossen ist, kann nicht bezweifelt werden s. Z. f. R. I. 378, II. 32; Graf, Comment. III. 64[d]; Regelsberger § 67 A, 2; Becher § 123 Nt. 17. Vgl. oben § 207, 12.

Schuldners erst noch voraus [37], während andererseits betont wird, daß eine auf die Vormerkung sich beschränkende Vereinbarung gar nicht denkbar sei, da eine Forderung sich nur dann zur Vormerkung eigne, wenn durch sie der Rechtstitel zur Hypothekenerwerbung an sich begründet würde, in dem Zugeständnisse der Vormerkung von Seiten des Schuldners daher zugleich das Zugeständniß der seinerzeitigen Eintragung der Hypothek enthalten sei [38]. Diese letztere Auffassung scheint allein richtig, da sich eine Vormerkung nicht denken läßt, solange der Rechtstitel der Eintragung nicht begründet ist [39].

Die Wirkung der Vormerkung ist die Bewahrung des Rechtes auf Erlangung einer Hypothek an der Stelle, an welcher sie eingetragen ist oder des entsprechenden Vorzugsrechts in der Subhastation und im Concurs für den Fall, daß die der wirklichen Eintragung entgegenstehenden Hindernisse beseitigt werden [40]. Der Gläubiger hat daher:

1. gegen den Schuldner Anspruch auf Eintragung der Hypothek, wenn das zur Zeit der Vormerkung der Eintragung entgegenstehende Hinderniß rechtzeitig gehoben ist [41]. Das gleiche Recht steht dem Gläubiger gegen jeden dritten Besitzer zu und er kann dieses mit einer actio in rem scripta verfolgen [42]. Der Geltendmachung dieses Rechtes steht weder eine der Vormerkung nachfolgende Dispositionsbeschränkung [43], noch das Vorhandensein anderer bereits eingetragener, der Vormerkung nachfolgender Hypotheken entgegen und es wird, wenn die Eintragung erfolgt, die Wirkung des dinglichen Rechtes der Hypothek auf den Zeitpunkt der Vormerkung zurückbezogen und die Hypothek so angesehen, als wenn sie schon am Tage ihrer Vormerkung ganz rechtsbeständig und förmlich eingetragen worden wäre [44].

---

[37] Bl. XXXI. 397; ähnlich Becher § 123 Nt. 18.

[38] Bl. XXIII. 383; Regelsberger § 67 A, 2.

[39] Graf, Comment. III. 65; Lehner, H.R. § 78 Nr. 1.

[40] Vgl. dazu oben § 193, 40 ff.; oben Nt. 28.

[41] Bl. XXIII. 383.

[42] Bl. XVIII. 409; XXIII. 366; Regelsberger § 68, C; Becher § 123, III. 3.

[43] Bl. XXVII. 13; 17|0 53 Arends V. 180.

[44] H.G. § 30: „Werden die Anstände oder die Mängel gehoben, so wird die Hypothek so angesehen, als ob sie schon am Tage ihrer Vormerkung ganz rechtsbeständig und förmlich eingetragen worden wäre.“ Bl. XLIV. 133, 134; XLVI. 11; E. b. XII. 376; Samml. III. 8; VI. 41; VIII. 38, 95; IX. 72; 241, 246; Regelsberger § 68 Ziff. 2; Becher § 123 Ziff. III. 3.

2. In der Subhastation und im Concurse gewährt die vorhandene Vormerkung das Vorrecht der definitiv eingetragenen Hypothekforderung, wenn das Recht auf die Hypothek dargethan wird [45]. Es gilt dieß selbst gegenüber einer früher eingetragenen Dispositionsbeschränkung, wenn diese in der Subhastation oder im Concurse nicht geltend gemacht wird [46].

3. Jede Vormerkung setzt voraus, daß mit der Hebung der Ursachen, welche sie verhinderten, die definitive Eintragung erfolgen kann. Ist diese nicht zu erreichen, so wird die Vormerkung gelöscht. Ist sie in Folge eines Antrags auf Eintragung vorgenommen, so enthält die Verfügung auf diesen Antrag zugleich die definitive Bescheidung bezüglich der Vormerkung, da die Genehmigung des Antrags die Verwandlung der Vormerkung in eine Eintragung, die Zurückweisung des Antrags die Löschung der Vormerkung mit sich führt. Soweit jedoch die Vormerkung als präparatorische Maßregel für einen später zu stellenden Antrag erscheint, setzt die Entscheidung über diese ein eignes Verfahren voraus, das sich nach dem für Protestationen vorgeschriebenen Verfahren richtet [47]. Insbesondere kann sowohl der Besitzer der hypothecirten Sache als jeder nachfolgende Gläubiger einen Befehl zur Purifikation innerhalb 30 Tagen bei Vermeidung der Löschung erwirken [48].

---

45 H.G. § 74. Art. 808 Ziff. 2 Subh.Ordn.; § 39 R.K.O. Von der Umschreibung der vorgemerkten Hypothek in einen Definitiveintrag ist die Geltendmachung des Hypothekenrechts nicht abhängig. Vgl. hieher bezügl. der Subhastation: Bl. XXXI. 397; XXXVIII. 45; XLIV. 133; XLV. 40, 41; Samml. III. 29; bezüglich des Conkurses: Bl. XVII. 139; XXIV. 271; XXVII. 10; XXXVI. 299, 301; XLIV. 133. Zum Ganzen s. auch Samml. VIII. 95; Regelsberger § 68, B 1; Ortenau-Henle, Comm. z. Subh.Ordn. S. 366 Ziff. 1 b; Becher § 123 Ziff. III. 3e. Für die Subhastation vgl. noch bezüglich der Berücksichtigung vorgemerkter Hypothekenforderungen im gesetzlich zuläßigen Mindestgebot Art. 2 Abs. 2, Art. 6, 7, 8, 35 Abs. 3 Nov. z. Subh.Ordn.

46 Erk. 26/11 42 Bl. XXVII. 15.

47 H.G. § 30.

48 H.G. § 113: „Wegen einer geschehenen Vormerkung kann nicht nur der Besitzer der hypothecirten Sache, sondern auch jeder nachfolgende Hypothekgläubiger verlangen, daß derjenige, welcher die Vormerkung bewirkt hat, vom Hypothekenamte zur Berichtigung des Mangelnden innerhalb eines Termines von dreißig Tagen unter dem Rechtsnachtheil angewiesen werde, daß nach dessen Ablauf die Vormerkung gelöscht werden solle. Wird der Mangel innerhalb dieses Termins nicht gehoben, so ist auf weiteres Anrufen der Bethei-

Auch die Reichsgrundbuchordnung enthält ähnliche Vorschriften. Kann die beantragte Eintragung einer Hypothek in Folge eines Hindernisses nicht sofort erfolgen, so ist, wenn vor der Erledigung dieses Antrags eine andere, dasselbe Recht betreffende Eintragung beantragt wird, zu Gunsten des früher gestellten Antrags eine Vormerkung einzutragen. Diese Eintragung gilt als Erledigung des Antrags der Art, daß, sofern nicht später zufolge der Zurückweisung des früher gestellten Antrags die Vormerkung von Amtswegen wieder gelöscht wird, jede spätere Eintragung nicht zum Nachtheile der durch die Vormerkung gesicherten Hypothek wirken kann [49].

III. Die Eintragung. Die Eintragung der Forderung erfolgt nach vorgängiger Instruktion, wenn sich aus dieser ergeben hat, daß der Schuldner sich nicht widersetzen wolle oder könne. Jedes Eintragungsgesuch, das überhaupt zur Instruktion sich eignet, setzt voraus, daß dem Schuldner rechtliches Gehör darüber verstattet werde, soweit es nicht von dem Schuldner selbst ausgeht [50] (Consensprinzip). Eine Ausnahme ist nur begründet in solchen Fällen, wo in Folge einer richterlichen Entscheidung oder eines gerichtlichen Vergleichs auf Ersuchen des zuständigen Gerichts eine Eintragung vorgenommen werden soll, da in diesem Falle eine weitere Vernehmung des Schuldners nicht erforderlich ist [51]. Dasselbe tritt ein, wenn mit dem Antrage zugleich die Erklärung des Schuldners vorgelegt wird, namentlich in allen Fällen, wo in einer Notariatsurkunde bereits die Bewilligung der Hypothekenbestellung erklärt ist [52]. In allen anderen Fällen wird dem Schuldner ein Termin zur Er-

---

ligten die Vormerkung im Hypothekenbuche zu löschen, es wäre denn, daß der Vorgeladene eine gesetzliche Verhinderungsursache nachweisen könnte." Vgl. dazu oben § 193, 49.

[49] §§ 18, 17 R.Gr.B.O.; § 883 B.G.B.; oben § 128, 34.

[50] H.G. § 109: „Soll aber die förmliche Eintragung geschehen, um dadurch ein Recht zu erwerben, so kann diese nie auf einseitiges Verlangen, sondern nur mit Vernehmung desjenigen, gegen welchen das Recht erworben werden soll, vorgenommen werden. Derselbe ist daher jederzeit vorher über das Eintragungsgesuch zu hören, und hiezu vom Hypothekenamte unter Anberaumung eines angemessenen Termins vorzuladen." S. dazu oben § 193, 25; Becher § 123, II. 1.

[51] Bl. XIV. 269.

klärung gesetzt und zwar von 8 Tagen, wenn der gesetzliche Hypothekentitel der Hypothekenzinsen vorliegt, wenn die vorgesetzte Behörde die Eintragung auf Grund des gesetzlichen Hypothekentitels der Stiftungen und Gemeinden oder bevormundeten Personen beantragt, wenn die Eintragung von einem Gericht angesonnen wird und wenn sich das Gesuch auf eine gerichtliche Urkunde, ein vor Gericht anerkanntes Testament oder ein rechtskräftiges Urtheil gründet; in allen anderen Fällen wird die Dauer vom Gerichte bestimmt, soll aber 30 Tage nicht übersteigen[53]. Läßt der Schuldner diesen Termin verstreichen, ohne eine Erklärung abzugeben, so wird, wenn eine Vormerkung bewilligt war, diese auf Antrag des Gläubigers mit Ablauf der Frist in einen Eintrag verwandelt[54]. War aber keine Vormerkung bewilligt, so kann der Schuldner zu einer Erklärung überhaupt nicht angehalten werden[55]. Bewilligt der Schuldner die Eintragung, so ist diese sofort vorzunehmen; legt er Widerspruch ein, so sind die Betheiligten auf den Rechtsweg zu verweisen[56]. Ueber die Eintragung wird auf Verlangen ein Hypothekenrekognitionsschein und bei freiwilliger Hypothekenbestellung ein Schuld- und Hypothekenbrief ausgestellt.

Auch nach der Reichsgrundbuchordnung darf die Eintragung einer Hypothek nur dann erfolgen, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, und die Eintragungsbewilligung entweder vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird[57]. In der Ein-

---

[52] Not.Ges. 15: „Wenn der Notar von ihm aufgenommene, das Hypothekenwesen berührende Verträge oder Erklärungen dem Hypothekenamt mittheilt, so ist, insoferne die vor dem Notar stattgehabten Verhandlungen den Anforderungen des Hypothekengesetzes entsprechen, eine wiederholte Vernehmung der Betheiligten vor dem Hypothekenamt nicht erforderlich." Vgl. Graf, Comment. III. 28.

[53] H.G. § 110. Vgl. hieher und zum Folgenden besonders Becher § 104 C, IV; oben § 193, 51a; Samml. XV. 639.

[54] H.G. § 111.

[55] Lehner, H.A.O. § 114. Diese Unterscheidung wird von Regelsberger und Becher nicht gemacht.

[56] H.G. § 112. Der Widerspruch muß während der Frist eingelegt werden: Samml. XI. 741; Becher § 104, 45. A. M. Regelsberger § 25 Nt. 7.

[57] § 29 R.Gr.B.O.; § 873 Abs. 2 B.G.B. Unter die öffentlichen Urkunden fallen natürlich auch Urtheile, welche die Verpflichtung zur Eintrags-

tragungsbewilligung ist außer den sonst zur Bezeichnung der Hypothek erforderlichen Punkten insbesondere auch das zu belastende Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen und muß der einzutragende Geldbetrag in Reichswährung angegeben werden [58]. Die Eintragungsbewilligung kann vom Hypothekenbesteller auch mit dem Eintragungsantrage verbunden werden; für diesen gelten die gleichen Vorschriften wie für die bloße Eintragungsbewilligung [59].

Die Eintragung der Hypothek in das Grundbuch erfolgt durch das zuständige Grundbuchamt. Bei der Eintragung müssen der Gläubiger [60], der Geldbetrag der Forderung (in Reichswährung) [61] und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz, wenn andere Nebenleistungen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden; im Uebrigen kann zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden [62]. Bei der Eintragung der Hypothek für ein Darlehen einer Creditanstalt, deren Satzung von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden ist, genügt zur Bezeichnung der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzung [63]. Bei Buchhypotheken muß auch die Ausschließung der Ertheilung des Hypothekenbriefs [64], bei Sicherungshypotheken regelmäßig die Bezeichnung als solche eingetragen werden [65].

---

bewilligung enthalten (§ 779 R.C.P.O.), und vor dem zuständigen Richter abgeschlossene Vergleiche, in denen eine solche Eintragungsbewilligung enthalten ist.

[58] § 28 R.Gr.B.O.; § 1115 B.G.B.

[59] § 30 R.Gr.B.O.

[60] § 1115 Abs. 1 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 635, 641; Best S. 24, 25.

[61] § 1115 Abs. 1 B.G.B.; M. I. Bd. III. S. 641, 642. Vgl. dazu § 28 R.Gr.B.O.; D. S. 44, 45; ferner § 51 R.Gr.B.O. für Inhaberhypotheken und Inhabergrundschulden. Best S. 25.

[62] So bezüglich des Anfangstags, der Termine der Verzinsung, der Zahlungsbedingungen. § 1115 Abs. 1 B.G.B.; M. I. Bd. III. S. 643—645; Best S. 26, 27.

[63] § 1115 Abs. 1 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 642, 643.

[64] § 1116 Abs. 2 B.G.B.; vgl. dazu § 196, 63.

[65] § 1184 Abs. 2 B.G.B. Ausnahmen bestehen bezüglich der Hypothek für

§ 207 a.

Die Entstehung der Briefhypothek des B.G.B. [1].

Das B.G.B. unterscheidet die Buchhypothek und die Briefhypothek [2]; Inhaberhypotheken und Sicherungshypotheken, folglich auch Sicherheitshypotheken, Zwangs- und Arresthypotheken können nie Briefhypotheken sein [3]. Die Briefhypothek unterscheidet sich von der Buchhypothek dadurch, daß über sie ein Hypothekenbrief ertheilt wird, bei der Buchhypothek aber entweder kraft der Vereinbarung der Parteien oder kraft Gesetzes wie bei der Sicherungshypothek die Ertheilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist. Die vertragsmäßige Ausschließung erfordert die Einigung des Gläubigers und des Eigenthümers [4] sowie die Eintragung in das Grundbuch und kann jederzeit geschehen, somit auch eine Briefhypothek in eine Buchhypothek umgewandelt werden; die Ausschließung kann auch jederzeit und zwar in der gleichen Weise, wie sie erfolgt, wieder aufgehoben und damit die Buchhypothek in eine Briefhypothek umgewandelt werden.

Die Ertheilung des Hypothekenbriefs erfolgt durch das Grundbuchamt [5]. Er muß zur Giltigkeit die Bezeichnung als Hypothekenbrief tragen, den Geldbetrag der Hypothek und das belastete Grundstück angeben, sowie mit Unterschrift und Siegel versehen sein [6]. Im Uebrigen soll er einen Auszug aus dem Grundbuchblatt enthalten [7]. Der Hypothekenbrief wird dem Eigenthümer des Grundstücks, im Falle nachträglicher Ertheilung dem Gläubiger ausgehändigt [8].

Die Briefhypothek entsteht zwar ebenso wie die Buchhypothek

Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder für Ordrepapiere und bezüglich der Sicherheitshypotheken: § 1187, 1190 Abs. 3 B.G.B.

[1] §§ 1116, 1117 B.G.B.; R.W. §§ 1099, 1100; II. E. § 1025, 1026; I. E. §§ 1106—1110; M. I. Bd. III. S. 612—617; 742, 743; D. S. 212, 213; Haidlen S. 350, 351; Best S. 32, 33; Hachenbuch S. 44—48; Stobbe-Lehmann § 156 Nr. 4.

[2] Vgl. oben § 196, 44, 63.

[3] §§ 1185, 1187, 1190 Abs. 3 B.G.B.; vgl. oben § 196, 46—48, § 202a.

[4] Die Vorschriften der § 873 Abs. 2, §§ 876, 878 B.G.B. finden entsprechende Anwendung.

[5] § 56 R.Gr.B.O. Vgl. zum Folgenden überhaupt über den Hypothekenbrief die näheren Bestimmungen in den §§ 56—70 R.Gr.B.O.

[6] § 56 R.Gr.B.O.; Best S. 35, 36.

[7] §§ 57, 58 R.Gr.B.O.; Best S. 35, 36.

[8] § 60 R.Gr.B.O.; Best S. 37.

mit der Eintragung in das Grundbuch; wenn jedoch die Uebergabe des Briefes an den Gläubiger noch nicht erfolgt ist, zunächst nur für den Eigenthümer des Grundstücks als Eigenthümerhypothek; der Gläubiger erwirbt sie erst dann, wenn ihm der Brief von dem Eigenthümer des Grundstücks übergeben wird [9]. Die Uebergabe kann in gleicher Weise vollzogen und ersetzt werden wie die Uebergabe jeder anderen beweglichen Sache [10]; Ersatz ist auch durch die Vereinbarung zuläßig, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen [11]. Ist der Gläubiger im Besitze des Briefes, so wird vermuthet, daß die Uebergabe erfolgt sei [12]. Das Eigenthum am Hypothekenbriefe steht kraft Gesetzes dem jeweiligen Gläubiger der Hypothek zu [13].

Abtheilung 3.

Die Entstehung der Grundschuld des B.G.B.[1].

§ 207b.

Die Grundschuld kann entweder für einen bestimmten Gläubiger oder für den Eigenthümer des Grundstücks [2], die Briefgrundschuld auch in der Weise bestellt werden, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird [3]. Hiernach sind Gläubiger- und Eigenthümergrundschulden, unter ersteren wieder die Inhabergrundschulden zu unterscheiden.

Die Gläubigergrundschulden des B.G.B. kommen wie die

---

[9] §§ 1117 Abs. 1, § 1163 Abs. 2 B.G.B.; vgl. oben § 196, 64.

[10] § 1117 Abs. 1 B.G.B. Die §§ 929 Satz 2 und §§ 930, 931 B.G.B. finden auf die Uebergabe Anwendung; vgl. oben § 160.

[11] § 1117 Abs. 2 B.G.B.

[12] § 1117 Abs. 3 B.G.B.

[13] § 952 B.G.B.; vgl. oben § 195, 119; M. I. Bd. III. S. 744—745. Ueber die rechtliche Natur des Hypothekenbriefs vgl. oben § 196, 63 ff.; M. I. Bd. III. S. 616, 617; Best S. 34; Hachenbuch S. 44—48.

[1] M. I. Bd. III. S. 780; D. S. 228, 229; Best S. 140. — Eine für Bayern bedeutungslose Uebergangsbestimmung enthält Art. 189 Abs. 1 E.G. z. B.G.B.

[2] § 1196 Abs. 1 B.G.B.; R.T.B. § 1179; II. E. § 1105; I. E. § 1142.

[3] § 1195 B.G.B. R.T.B. III. § 1178; II. E. § 1104. Auf einen solchen Brief finden die Vorschriften über die Schuldverschreibungen auf den Inhaber Anwendung.

Grundschulden des Preußischen Rechtes[4] durch formlosen dinglichen Vertrag, d. i. formlose Einigung des Berechtigten und des anderen Theiles über die Entstehung der Grundschuld und durch die Eintragung in das Grundbuch zur Entstehung[5]. Bei der Bestellung einer Rentenschuld muß auch der Betrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann[6]. Die Eintragung ist aber nicht von dem Nachweise der Einigung abhängig; es genügt die Vorlage einer ordnungsmäßigen Eintragungsbewilligung des Berechtigten und zwar soll die Eintragung nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung entweder vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird[6a]. Die Bewilligung erfolgt ohne Angabe eines Schuldgrundes, muß auf eine bestimmte Geldsumme in Reichswährung lauten, den etwaigen Zinssatz und den Geldbetrag etwaiger anderer Nebenleistungen, sowie die Bezeichnung des Grundstücks übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt enthalten[7]. Geldsumme, Zinssatz, Geldbetrag der Nebenleistungen und bei Rentenschulden auch die Ablösungssumme müssen in das Grundbuch eingetragen werden[8].

Zur Bestellung einer Eigenthümergrundschuld ist nur die Erklärung des Eigenthümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich[9]; der Eigenthümer als Gläubiger hat hier auch alle Rechte eines Gläubigers, nur kann er nicht selbst die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben und Zinsen gebühren ihm nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines Andern zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung[10]. In welchen Fällen sonst eine Eigenthümergrundschuld entsteht, ist unten § 217 bemerkt.

[4] Vgl. Roth, D. Pr.R. § 306.

[5] § 873 Abs. 1 B.G.B.

[6] § 1199 Abs. 2 B.G.B.

[6a] § 29 R.G.B.O.; vgl. oben § 128, 50.

[7] § 28 R.Gr.B.O.

[8] § 1115 Abs. 2, § 1192, 1199 Abs. 2 B.G.B.

[9] § 1196 Abs. 2 B.G.B.

[10] § 1197 B.G.B.; R.T.B. § 1180; II. E. § 1106; I. E. § 1076, 1099, 1143.

Hypotheken können endlich auch in Grundschulden, gewöhnliche Grundschulden in Rentenschulden und Rentenschulden in gewöhnliche Grundschulden umgewandelt werden, ohne daß jeweils die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich wäre [11].

Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Brief- und Buchgrundschulden und ihrer Folgen in Ansehung der Entstehung der Grundschuld sowie für die Ausstellung des Grundschuldbriefs kommen in entsprechender Weise die gleichen Grundsätze zur Anwendung, welche für Hypotheken gelten [12].

Auch richtet sich die Antragsberechtigung, die Form und der Inhalt des Antrags, die Eintragung einer Vormerkung nach den für die Hypotheken geltenden Bestimmungen [13].

Ueber die juristische Construktion der Eigenthümergrundschuld herrscht Meinungsverschiedenheit. Nach der einen Ansicht ist sie eine unvollendete Grundschuld, die durch Cession an einen Gläubiger zur Vollendung gelangt [14] oder durch Veräußerung des Objekts dem Veräußerer bleibt [15]. Nach der anderen Ansicht ist sie eine vollendete, aber in der Ausübung gelähmte Grundschuld, die erst mit der Abtretung an einen Gläubiger oder mit der Veräußerung des Objekts in Funktion tritt [16]. Nach einer dritten Ansicht ist sie die Ausscheidung eines dem Eigenthümer vorbehaltenen Werththeils [17].

---

[11] §§ 1198, (R.T.B. III. § 1181; II. E. § 1107; I. § 1114) 1203 (R.T.B. § 1186; II. E. § 1112) B.G.B. Eine Grundschuld kann auch in eine Hypothek umgewandelt werden.

[12] § 1192 Abs. 1 B.G.B.; § 70 R.Gr.B.O. Der Rentenschuldbrief muß natürlich auch die Ablösungssumme angeben. Vgl. hiezu oben § 207a.

[13] Vgl. oben §§ 207, 207a.

[14] Dieß ist die Ansicht von Meibom, H.R. § 20, 20; Förster, Gr.B.R. 140; Förster, Pr. P.R. § 198, 22; Stobbe, P.R. § 111 nach Nt. 28; Stobbe-Lehmann § 248, 90; auch Förster-Eccius § 198, 22 scheint zuzustimmen. Hiernach bringt der Eigenthümer die auf seinen Namen eingetragene Grundschuld durch Cession an einen Dritten zur Entstehung.

[15] Die Eintragung hat nach der Nt. 14 angeführten Meinung die Bedeutung des Vorbehalts einer Grundschuld, die mit der Veräußerung des Grundstücks an einen Dritten ins Leben tritt.

[16] Gutachten des O.A.G. Rostock 17/7 1873 bei Johov, Jahrb. V. 255; Buchka, E.E. 96.

[17] Dieß wird von Bremer, Hypothek 37 auf den Vorbehalt eines Werththeils, von Kühnast 55 auf Fixirung eines Theils seiner von Reallasten und

Abschnitt 5.

Umfang des Rechtes.

§ 208.

I. Hinsichtlich des Gegenstandes [1].

Es gelten hierfür folgende Grundsätze:

I. Hinsichtlich des Objekts. Das Pfandrecht erstreckt sich auf die ganze Sache mit allen ihren Bestandtheilen und Pertinenzen, demnach

1. auf das ganze Grundstück mit allen zur Zeit der Eintragung der Hypothek (oder Grundschuld) nicht abgeschriebenen Theilen [2]. Werden später dem ursprünglichen Pfandobjekt unbewegliche Bestandtheile zugeschrieben, so fallen diese in den Pfandnexus [3]; **doch gehen nach B.G.B. Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, den am anderen Grundstücke bestehenden Hypotheken im Range vor** [4].

2. Das Pfandrecht erstreckt sich ferner auf die gesetzlichen und

---

Hypotheken ungebundenen Grundrente zurückgeführt. Voß in Behrend, Z. VII. 262, der die Eigenthümergrundschuld als uneigentliche von der eigentlichen in der Hand eines Dritten befindlichen Grundschuld unterscheidet, definirt die erstere als einen zur grundbuchmäßigen Selbstständigkeit erhobenen Inbegriff von Eigenthumsbefugnissen, der zu einem bestimmten Geldwerthe veranschlagt und der Verfügung des Eigenthümers in der Form der Grundschuld unterworfen ist. Vgl. hierher auch oben § 196, 56.

[1] Regelsberger, H.R. § 69—72; Becher § 126. M. I. Bd. III. S. 650—668; Best S. 42—54; Bunsen II. § 48 I; Hachenbuch S. 60—83; Stobbe-Lehmann § 149, § 157 Nr. II.

[2] H.G. § 33. Bezüglich Communmauern vgl. Samml. II. 5. § 1067 des I. E. z. B.G.B. (M. I. Bd. III. S. 651, 652) hatte bestimmt, daß das Grundstück in seinem jeweiligen Bestande hafte. Diese Vorschrift ist jetzt mit Recht gestrichen. Der Satz des Textes ergiebt sich von selbst daraus, daß „das Grundstück mit der Hypothek belastet ist." Best S. 44—46.

[3] Regelsberger, H.R. § 69. II. §§ 1131, 890 II B.G.B. S. jedoch auch § 5 R.Gr.B.O. und Art. 119 Ziff. 3 E.G. zum B.G.B., wonach landesgesetzlich die Zuschreibung untersagt oder beschränkt werden kann.

[4] § 1131 B.G.B.; R.T.B. § 1114; II. E. § 1039; I. E. § 1067; Haidlen S. 368.

die dem Grundstücke zugeschriebenen gewillkürten unbeweglichen Pertinenzen und Gerechtigkeiten[5] sowie auf die zum Grundstücke gehörigen gesetzlichen und zugeschriebenen gewillkürten beweglichen Pertinenzen[6], solange sie diese Eigenschaft haben[7]. Auch nach B.G.B. erstreckt sich das Pfandrecht auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigenthum des Eigenthümers des Grundstücks gelangt sind; jedoch können Zubehör nach B.G.B. nur bewegliche Sachen sein, und der Begriff des gewillkürten Zubehörs ist ihm fremd[8]. Die Zubehörstücke werden nur dann von der Haftung frei, wenn die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft vor der Beschlagnahme aufgehoben wird oder wenn die Zubehörstücke veräußert und von dem Grundstück entfernt werden, bevor sie zu Gunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind oder wenn der Erwerber, der das Zubehörstück von dem Grundstück entfernt, bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme in gutem Glauben ist. Jedoch kann sich der Erwerber einem Hypothekengläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben gewesen sei, wenn die Entfernung zufolge einer Veräußerung, somit erst nach dieser erfolgt ist[9].

3. Das Pfandrecht erstreckt sich auf den Zuwachs, nämlich die natürlichen Zu- und Anwüchse[10], und die auf dem Grundstück er-

---

[5] H.G. § 33. 34; Regelsberger, H.R. § 71.

[6] H.G. § 34.

[7] Das Aufhören des Pfandnexus tritt nicht schon mit der Trennung von der Hauptsache ein, sondern mit der Veräußerung. Ein Hinderniß gegen die Veräußerung bildet die Beschlagnahme und die Conkurseröffnung. Gegen den dritten Erwerber hat der Hypothekengläubiger keinen hypothekenrechtlichen Anspruch. § 35, 45 Abs. 2, § 71 Ziff. 3 Hyp. Art. 8, 33 Subh.Ordn.; §§ 1, 5 R.K.O; Samml. IV. 276: VII. 75; IX. 129; Bl. XLVI. 139, 301. Vgl. dazu Näheres bei Becher § 61 Nt. 23.

[8] § 1120 (R.T.B. § 1103; II. E. § 1029; I. E. § 1067), §§ 97, 98 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 656, 657; Best. S. 48, 49; Hachenbuch S. 60—75.

[9] §§ 1121 (R.T.B. § 1104; II. E. § 1030; I. E. § 1068), 1122 Abs. 2 (R.T.B. § 1105; II. E. § 1030; I. E. § 1068) B.G.B. M. I. Bd. III. S. 662, 663; Haidlen S. 360. Best S. 48, 49.

[10] H.G. § 33.

richteten, dem Eigenthümer gehörigen Gebäude [11]. **Nach B.G.B. erstreckt sich das Pfandrecht überhaupt auf alle Bestandtheile des Grundstücks [12] und zwar selbst dann, wenn sie abgetrennt sind, falls sie nur mit der Trennung nicht in das Eigenthum eines Andern als des Eigenthümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangen [13]. Ihre Haftung erlischt aber, wenn sie innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft von dem Grundstücke getrennt und noch vor der Beschlagnahme nicht bloß zu einem vorübergehenden Zwecke von dem Grundstück entfernt werden, ferner wenn sie veräußert und von dem Grundstücke entfernt werden, bevor sie zu Gunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind, oder wenn der Erwerber, der den Bestandtheil von dem Grundstück entfernt, bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme in gutem Glauben ist [14]. Auch hier kann sich jedoch der Erwerber einem Hypothekengläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß er in Ansehung der Hypothek im guten Glauben gewesen sei, wenn die Entfernung zufolge einer Veräußerung, somit erst nach dieser erfolgt ist.**

4. Früchte. Das Pfandrecht erstreckt sich nur auf die nicht abgesonderten natürlichen Früchte, während mit der Absonderung der Pfandnexus aufhört. Entscheidend ist dabei der Zeitpunkt der auf Antrag eines Hypothekengläubigers erfolgten Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, indem von diesem Zeitpunkt an die Früchte auch nach erfolgter Absonderung dem Pfandnexus unterworfen bleiben [15]. Die Unzuläßigkeit der Veräußerung von nichtabgeson-

---

[11] H.G. § 76, 2; vgl. oben § 200, 9. Die von Gönner I. 351 aufgestellte Behauptung, daß ein Dritter, der auf dem Hypothekobjekt ein Gebäude errichtet, von den Gläubigern Ersatz der Wertherhöhung verlangen könne, ist widerlegt bei Lehner, H.R. § 148; Graf, Comm. II. 69: Bl. XXXII. 163; Regelsberger § 70 Nt. 1; Becher § 126 Nt. 3. — §§ 93, 94 B.G.B.

[12] § 1120 mit §§ 954—957 B.G.B.; Best S. 46—48; Hachenbuch S. 60—75. Vgl. oben § 200 Ziff. 1.

[13] §§ 93—96 B.G.B.; arg. § 1120 B.G.B.; Planck, Comm. zu § 94, 2.

[14] § 1121, 1122 Abs. 1 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 655, 656, 661, 662; Haidlen S. 360; Best S. 47, 48.

[15] H.G. § 33. Vgl. auch Art. 8, 33, 36 Subh.Ordn. Regelsberger, H.R. § 70, 7—9.

derten Früchten zum Nachtheile der Pfandgläubiger ergibt sich hiernach von selbst. Die Hypothek erstreckt sich ferner auf die juristischen Früchte nach dem Verhältniß ihrer Fälligkeit [16]. Der Abschluß eines antichretischen Vertrags über Immobilien mit dinglicher Wirkung ist unzuläßig [17]. **Nach B.G.B. erstreckt sich das Pfandrecht nicht bloß auf die unabgetrennten, sondern auch auf die abgetrennten Erzeugnisse des Grundstücks, sofern sie nur mit der Trennung nicht in das Eigenthum eines Anderen als des Eigenthümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind [18]. Für ihre Befreiung von der Haftung gelten die gleichen Regeln wie bei den Bestandtheilen [19]. Das Pfandrecht erstreckt sich ferner auf die Mieth- und Pachtzinsforderungen, auf letztere als Ersatz für die dem Pächter gebührenden Erzeugnisse [20]. Die Haftung der einzelnen Forderungen hört aber dann auf, wenn nach der Fälligkeit ein Jahr abgelaufen und die Beschlagnahme zu Gunsten des Pfandgläubigers noch nicht erfolgt ist, es sei denn, daß der Mieth- oder Pachtzins im Voraus zu entrichten ist, in welchem Falle die Befreiung sich nicht auf den Mieth- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalendervierteljahr [21] erstreckt. Auch sonst sind Verfügungen über den Mieth- oder Pachtzins, bevor er zu Gunsten des Hypothekengläubigers beschlagnahmt worden ist, dem Hypothekengläubiger gegenüber nur wirksam, soweit sie sich nicht auf den Mieth- oder Pachtzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das fol-**

---

[16] Vorausbezahlung ist nur für das laufende Ziel zuläßig: Gönner I. 426; Aehner, H.R. § 96. Vgl. auch Regelsberger § 70 und Samml. V. 821. Theilweise A. M. Becher § 126 Nt. 33. Nach Ges. 18|2 1871, das aber nicht für die Gebiete des preuß. L.R. gilt, sind bei Zwangsveräußerung Vorauszahlungen auf den Miethzins nur für die Zeit bis zu dem auf den Uebergang folgenden Ziel rechtswirksam.

[17] Vgl. unten § 210, 3.

[18] §§ 1120, 99 B.G.B. Best S. 47, 48. Hachenbuch S. 40—75.

[19] §§ 1121, 1122 Abs. 1 B.G.B. Vgl. oben Nt. 9.

[20] § 1123 Abs. 1, § 99 Abs. 3, § 100 B.G.B. Vgl. auch § 20 Abs. 2 und § 21 R.Subh.Ordn. M. I. Bd. III. S. 657—659; Best S. 49—51; Hachenbuch S. 75—78.

[21] § 1123 Abs. 2 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 663, 664.

gende Kalendervierteljahr beziehen; besteht die Verfügung in der Uebertragung der Forderung auf einen Dritten, oder wird das Grundstück ohne die Forderung veräußert, so erlischt insoweit auch die Haftung der Forderung; erlangt durch die Verfügung ein Dritter ein Recht an der Forderung, so geht dieß insoweit der Hypothek im Range vor [22]. Soweit hiernach die Einziehung des Mieth- oder Pachtzinses dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam ist, können der Miether und der Pächter eine ihnen gegen den Vermiether oder den Verpächter zustehende Forderung gegen den Hypothekengläubiger nicht aufrechnen [23].

5. Das Hypothekenrecht erstreckt sich auch auf die mit dem Hypothekobjekt aktiv verbundenen Realrechte; der Eigenthümer kann sie mit Rechtswirksamkeit gegen die Hypothekgläubiger nicht ohne deren Zustimmung erlassen [24]. Das B.G.B. behandelt solche Rechte als Bestandtheile des herrschenden Grundstücks; sie unterliegen daher auch den Vorschriften über diese [25]. Ist das Recht auf wiederkehrende Leistungen gerichtet, so erstreckt sich die Hypothek auf die Ansprüche aus diesen Leistungen; sie werden aber aus der Haftung wieder frei, wenn nicht innerhalb eines Jahres nach dem Eintritte der Fälligkeit die Beschlagnahme zu Gunsten des Hypothekengläubigers erfolgt ist. Auch muß der Hypothekengläubiger Verfügungen über die Ansprüche, die vor der Beschlagnahme erfolgt sind, gegen sich gelten lassen, sofern nur die Ansprüche nicht erst drei Monate nach der Beschlagnahme fällig werden; besteht die Verfügung in der Uebertragung des Anspruchs auf einen Dritten oder wird das Grundstück ohne den Anspruch veräußert, so erlischt insoweit auch die Haftung des Anspruchs; erlangt ein Dritter ein Recht am Anspruche, so geht es der Hypothek im Range vor [26].

---

[22] § 1124 B.G.B.

[23] §§ 1125, 387 ff. B.G.B.

[24] Regelsberger § 71 a. E.; Becher § 126 zu Nr. 45; § 100 Nr. 9. Die aktiven Realrechte werden von diesen als Zubehörungen, von Anderen als Accessionen behandelt.

[25] § 96 B.G.B.

In Ansehung der Aufrechnung gilt das Gleiche wie für die Mieth- und Pachtzinsforderungen [27].

6. Das Hypothekenrecht erstreckt sich auf die nach dem Brandversicherungsgesetze vom 3. April 1875/5. Mai 1890 zu gewährende Brandversicherungssumme nur insofern, als diese mit der Baustelle als ein mit dieser verbundenes und den Werth des Gebäudes vertretendes Recht unter der Bedingung des Wiederaufbaues auch im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert werden kann [28]. Das Gleiche ist für Entschädigungsgelder anderer Versicherungsanstalten anzunehmen, wenn sie statutengemäß nur zum Zwecke des Wiederaufbaues des Gebäudes geleistet werden [29], nicht aber für Versicherungsentschädigungen für bewegliche Zubehörungen und Früchte [30]. **Nach B.G.B. [31] erstreckt sich die Hypothek auf die Forderung aus der Versicherung aller Gegenstände, die der Hypothek unterliegen, sofern sie nur für den Eigenthümer oder den Eigenbesitzer des Grundstücks versichert sind; die Haftung der Forderung erlischt aber, wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist. Die Befugniß des Versicherten zur Verfügung über die Forderung ist verschiedenartig gestaltet, je nachdem ein Gebäude oder ein anderer Gegenstand in Frage kommt. Für den letzteren Fall sind die entsprechenden Vorschriften für die Mieth- und Pachtzinsforderungen maßgebend [32]. Ist dagegen ein Gebäude versichert, so finden im Allgemeinen die für eine verpfändete For-**

---

[26] § 1126 mit § 1123 Abs. 2 Satz 1, § 1124 Abs. 1, 3 B.G.B.

[27] § 1126 mit 1125 B.G.B.; Best S. 51; Haidlen S. 363. Vgl. dazu oben Nt. 23.

[28] § 76 Abs. 2 H.G.; Art. 43 des Brandvers.Ges. Vgl. hieher auch Bl. E. B. IV. 414.

[29] Ortenau-Henle, Comm. z. Subh.Ordn. zu Art. 2 Nt. 4 Abs. 1.

[30] D. Not.Zeit. 1882 S. 135, 203; Regelsberger § 73 Ziff. 2; Ortenau-Henle a. a. O.; Becher § 126 Nt. 47, 48; Bl. E. B. IV. 414; Ztschr. d. A.B. XXII. 9.

[31] §§ 1127—1130 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 659—660, 664—667; Haidlen S. 366; Best S. 51—54; Hachenbuch S. 78—83. Vgl. dazu Art. 75 E.G. z. B.G.B.: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Versicherungsrecht angehören, soweit nicht in dem B.G.B. besondere Bestimmungen getroffen sind".

[32] Und zwar § 1123 Abs. 2 Satz 1 und der § 1124 Abs. 1, 3 B.G.B.

derung geltenden Vorschriften Anwendung [33]; jedoch darf abweichend von der Vorschrift, wonach der Schuldner einer verpfändeten Forderung nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten kann, der Versicherer die Versicherungssumme dann mit Wirkung gegen den Hypothekengläubiger an den Versicherten zahlen, wenn er oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt hat, seit dem Empfange der Anzeige oder, falls die Anzeige unthunlich, seit der Fälligkeit der Versicherungssumme ein Monat verstrichen ist und der Hypothekengläubiger bis zum Ablaufe der Frist dem Versicherer gegenüber der Zahlung nicht widersprochen hat; zufolge des Publizitätsprinzips kann sich aber der Versicherer nicht darauf berufen, daß er eine aus dem Grundbuch ersichtliche Hypothek nicht gekannt habe [34]. Alle diese Sätze über die Verfügungsbefugniß des Versicherten finden indessen keine Anwendung, wenn der Versicherer nach den Versicherungsbestimmungen nur verpflichtet ist, die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des versicherten Gegenstandes zu bezahlen; hier ist eine diesen Bestimmungen entsprechende Zahlung an den Versicherten dem Hypothekengläubiger gegenüber stets wirksam.

II. Untheilbarkeit. Der Gläubiger hat Anspruch darauf, daß das Hypothekenobjekt dem Umfange nach unverändert in dem Bestande verbleibt, welchen es zur Zeit der Pfandbestellung nach der Beschreibung im Hypothekenbuche hatte. Der Eigenthümer kann nicht einseitig durch Veräußerung einzelne Bestandtheile des Objekts dem Pfandverband entziehen. Werden Trennstücke veräußert, so werden, wenn nicht die Pfandgläubiger die Entlassung aus dem Pfandverbande bewilligen, die Trennstücke mit ihren Lasten auf das neue Hypothekenbuchfolium übertragen [35]. Ausnahmen sind be-

[33] § 1128; §§ 1281—1290 B.G.B. — Vgl. hieher auch Art. 120 Abs 2. Ziff. 3 E.G. z. B.G.B.: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen in den Fällen des § 1128 B.G.B., wenn von der zuständigen Behörde festgestellt wird, daß die Rechtsänderung für die Berechtigten unschädlich ist, der dem Eigenthümer zustehende Entschädigungsanspruch von dem einem Dritten an dem Anspruche zustehenden Rechte befreit wird".

[34] Vgl. § 893 B.G.B.

[35] H.G. § 40; d. Not.Zeit. 1876 S. 189; 1884 S. 11. A. M. Regels-

gründet bei der Ablösung der auf dem Grundstücke haftenden Reallasten[36], bei der Expropriation, indem hier die Ansprüche der Pfandgläubiger auf die Entschädigungssumme angewiesen werden und das Objekt frei von Pfandrechten auf den Erwerber übergeht[37], dann im Grenzregulirungsverfahren, Flurbereinigungsverfahren und bei Gemeinheitstheilungen[38]. Besonders geregelt sind die Rechte der Hypothekengläubiger an Bergwerken[39]. Auf bewegliche Pertinenzen erstrecken sich diese Vorschriften nicht; diese werden vielmehr durch Veräußerung dem Pfandverband entzogen[40]. **Ueber den Standpunkt des B.G.B. ist das Nähere schon oben in Nr. I. 2 angeführt.**

III. Deteriorationen. Der Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner keine Dispositionen treffe, durch welche der Werth der Sache dauernd vermindert wird. Bei schuldhafter Werthverminderung durch Vernachläßigung oder Verschlechterung der Sache kann der Gläubiger gerichtliche Sicherungsmaßregeln[41] oder Be-

---

berger, H.R. § 69 Nt. 6; Becher § 126, I. 2 zu Nt. 12; Gönner I. 377; d. Not.Zeit. 1874 S. 4; 1884 S. 124. — Bezüglich Reallasten vgl. Samml. XIII. 503. Den gleichen Satz enthält im Wesentlichen § 1131 B.G.B.: „Wird ein Grundstück nach § 890 Abs. 2 einem anderen Grundstück im Grundbuche zugeschrieben, so erstrecken sich die an diesem Grundstücke bestehenden Hypotheken auf das zugeschriebene Grundstück. Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, gehen diesen Hypotheken im Range vor." Dazu bestimmt § 5 R.Gr.B.O., daß die Zuschreibung nur erfolgen soll, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist.

[36] Art. 7—18, 21—34 Grundentl.Ges. v. 4. Juni 1848; Art. 10—18 Grundentl.Ges v. 28. April 1872; Art. 30—32 Forstges. v. 28. Mai 1852|17. Juni 1896 (G.B.Bl. 1896 S. 325 ff.); Art. 6, 28 Weideges. v. 28. Mai 1852; Art. 13 des Ehehaftenabl.Ges. v. 23. Febr. 1868. Regelsberger, H.R. § 69. II. B. 5. Aufrechterhalten durch Art. 113 E.G. z. B.G.B.

[37] Art. 11 Zwangsenteignungsges. v. 17. Nov. 1837; Regelsberger, H.R. § 69, 10. Vgl. oben § 247, 69. Aufrechterhalten durch Art. 109 E.G. z. B.G.B.

[38] § 37 H.G.; Art. 10 Abs. 1 Flurbereinigungsges. v. 26. Mai 1886; Regelsberger, H.R. § 69, 9; Becher § 126 S. 847. Bezüglich Flurbereinigung und Gemeinheitstheilung aufrechterhalten durch Art. 113 E.G. z. B.G.B.

[39] Art. 85, 62, 161, 162 Bergges. v. 20. März 1869. Aufrechterhalten durch Art. 67 E.G. z. B.G.B. Näheres s. im Bergrechte.

[40] § 35 H.G. Vgl. oben Note 7.

[41] Diese können in der Bestellung einer Sicherheit oder gerichtlicher Sequestration bestehen, vgl. unten 213, 4.

stellung einer Ergänzungshypothek beantragen[42] oder wenn die der Hypothekforderung ursprünglich gewährte Sicherheit beeinträchtigt ist, Heimzahlung vor der Verfallzeit fordern[43]. **Aehnlich sind auch im B.G.B. die Rechte der Hypothekengläubiger gestaltet[44]. Droht in Folge einer Einwirkung des Eigenthümers oder eines Dritten auf das Grundstück eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen. Auf Antrag des Gläubigers hat das Gericht, wenn die Gefährdung durch das Verhalten des Eigenthümers veranlaßt ist[45], auch die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Maßregeln anzuordnen. Ist eine Verschlechterung des Grundstücks bereits eingetreten und infolge dieser die Sicherheit der Hypothek gefährdet, so kann der Gläubiger, falls der Eigenthümer die Gefährdung innerhalb einer ihm gesetzten angemessenen Frist nicht durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Hypothekenbestellung beseitigt hat, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke, bei unverzinslichen und noch nicht fälligen Forderungen aber nur auf den Realwerth seiner Forderung suchen. Als Verschlechterung gilt es auch, wenn die Zubehörstücke, auf die sich die Hypothek erstreckt, verschlechtert oder den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zuwider von dem Grundstück entfernt werden.**

IV. Der Gläubiger hat das Recht zu verlangen, daß der Eigenthümer mit den zum Hypothekenobjekte gehörigen Gebäuden der allgemeinen Brandversicherung beitritt. Ist ein Gebäude, auf welchem Hypotheken haften, der Brandversicherung nicht einverleibt, so ist der Schuldner auf gerichtlichen Antrag des Hypothekengläubigers verbunden, ihr beizutreten oder zur Abtragung der Schuld

---

[42] Vgl. unten § 213, 4.

[43] Vgl. unten § 213, 5.

[44] § 1133—1136 B.G.B. R.T.V. §§ 1116—1119; II. E. § 1041—1044; I. E. §§ 1073—1077. M. I. Bd. III. S. 668—674. Best S. 58—61; Haidlen S. 317.

[45] **Sei es, daß die Einwirkung vom Eigenthümer selbst ausgeht oder die Verschlechterung deßhalb zu besorgen ist, weil der Eigenthümer die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder gegen andere Beschädigungen unterläßt: § 1134 Abs. 2 B.G.B.**

binnen drei Monaten sich anheischig zu machen und dafür die erforderliche Sicherheit zu leisten[46]. Der Betrag der Versicherung hängt zunächst von der Vereinbarung ab, doch darf er nicht über den wahren Werth und nicht unter der Hälfte des wahren Werthes gesetzt werden: in Ermanglung der Vereinbarung wird die beantragte höchste Summe, insofern sie sich in diesen Grenzen hält, gewählt[47]. Ebenso ist die Herabsetzung der Versicherungssumme[48] und der Austritt aus der Brandversicherung[49] von dem Nachweise der Einwilligung der eingetragenen Gläubiger oder der Heimzahlung ihrer Forderungen abhängig. Die Hypothekengläubiger haben zwar nicht an sich Anspruch auf die bei Brandschäden dem Eigenthümer zu zahlende Entschädigungssumme, vielmehr geht ihr Hypothekenrecht auf das neu aufzuführende Gebäude über[50]; allein, wenn der Eigenthümer das abgebrannte Gebäude nicht wiederherstellen kann oder will, können sie die Zahlung der Entschädigungssumme zum Zwecke des Wiederaufbaues ansprechen[51]. Dieser Anspruch ist der Brandversicherungsanstalt gegenüber auch dann begründet, wenn der Eigenthümer durch eigne grobe Schuld den Brandschaden veranlaßt hat, indem hier der Entschädigungsbetrag zum Besten der Hypothekengläubiger für die Wiederherstellung des Gebäudes vorzuschießen ist und die Anstalt sich bezüglich der Rückvergütung lediglich an den Schuldigen zu halten hat[52].

---

[46] H.G. § 41, 1. Art. 3 Ziff. 6 des Brandvers.Ges. v. 3. April 1875.

[47] Art. 14 Ziff. 1 Brandvers.Ges.

[48] Art. 15 Brandvers.Ges.

[49] H.G. § 41. 1. Art. 46 Brandvers.Ges.

[50] H.G. § 76: „Bei Abbrennung eines Gebäudes sind die Hypothekgläubiger nicht berechtigt, sich an das dafür aus der Brandversicherungsgesellschaft zu empfangende Geld zu halten; jedoch geht ihr Hypothekenrecht auf das neu aufzuführende Gebäude über." Art. 46 Brandvers.Ges.

[51] Gönner, Comment. I. 382. Theilweise a. M. Becher § 131 Nt. 7; v. Hauck, Comm. z. Brandvers.Ges. zu Art. 46 Nt. 4 und Art. 41 Nt. 2; Regelsberger § 72, 1 a.

[52] H.G. § 41, 3. Art. 46 Brandvers.Ges. — Diese Bestimmungen können gemäß Art. 75 E.G. z. B.G.B. in Kraft bleiben, jedoch nur mit Berücksichtigung der §§ 1127—1129 B.G.B.; über diese vgl. oben Nt. 31 ff.

§ 209.

II. Umfang hinsichtlich der Forderung [1].

1. Das dingliche Recht erstreckt sich gegenüber dem Schuldner sowohl auf die eingetragene Hauptsache, als auf alle rückständigen Zinsen und Kosten. Beim Zusammentreffen mit anderen Hypothekengläubigern dagegen haben nur die Zinsrückstände des laufenden und unmittelbar vorhergehenden Jahres die Priorität des Capitals anzusprechen, alle übrigen Zinsrückstände und die Kosten stehen den übrigen Hypothekenkapitalien nach [2]. Der dritte Besitzer, der nicht die persönliche Verpflichtung für die Forderung übernommen hat, haftet stets nur für die Zinsrückstände des laufenden und unmittelbar vorhergehenden Jahres [3]. Für die Zinsrückstände des dritten und vierten Jahres sowie für zweijährige Verzugszinsen und die Streitkosten hat der Gläubiger den gesetzlichen Hypothekentitel anzusprechen [4]. Die Haftung des Hypothekenobjekts für die Zinsrückstände ist von der Eintragung nur gegenüber anderen konkurrirenden Hypothekengläubigern und dem nicht persönlich haftenden dritten Besitzer bedingt, nicht aber gegenüber dem persönlich haftenden Schuldner [5]. **Das B.G.B. läßt die Haftung des Pfandobjekts für vertragsmäßige Zinsen nur dann zu, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind [6]. Doch kann die Hypothek wie die Grund-**

---

[1] Regelsberger § 73; Becher § 127. Best S. 40—42; Bunsen § 48, II; Stobbe-Lehmann § 148 Nr. 9, § 157, I.

[2] H.G. § 43. „Wegen weiterer Rückstände an bedungenen Zinsen, wegen der Verzugszinsen und wegen der auf Ausklagung und Beitreibung einer Hypothekforderung entstandenen Streitkosten hat der Gläubiger das dingliche Recht auf die hypothecirte Sache zwar gegen seinen Schuldner, solange dieser die Sache besitzt; er kann es aber weder gegen einen dritten Besitzer der Sache geltend machen, noch dafür gegen andere Hypothekgläubiger den Vorzug nach der Eintragung der Hauptschuld verlangen." Ueber Kosten vgl. Samml. VII. 425; Bl. XLIII. 213.

[3] H.G. § 42. „Die Hypothek erstreckt sich gegen den Schuldner sowohl, als gegen jeden dritten Besitzer der Sache, nebst dem Capital auch auf die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen Jahres, wenn dasselbe als ein verzinsliches im Hypothekenbuch (§ 22 Nr. 8) eingetragen ist." Für die während der Zeit seines Besitzes verfallenden Zinsen haftet er persönlich Gönner, Comment. I. 448, Lehner, H.R. § 144 I.

[4] Vgl. oben § 205 Ziff. 11.

[5] Roth, b. Pr.R. § 308 Nt. 13. Samml. VIII. 543; Bl. XXI. 97. 104. Theilweise a. M. Becher § 127, 2 und 3.

[6] Das ist die Folge des Eintragungs- und Spezialitätsprinzips. Vgl.

schuld, auch wenn eine Verzinslichkeit im Grundbuche nicht eingetragen ist, ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Grundstück für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet[7]. Nur auf die gesetzlichen Zinsen[8], auf die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung erstreckt sich die Hypothek und die Grundschuld kraft Gesetzes[9].

2. Für Conventionalstrafen haftet das Hypothekenobjekt nur, wenn sie eingetragen sind[10].

---

dazu § 873 Abs. 1, § 1115 Abs. 1 B.G.B. Best S. 41. — Ueber das Verhältniß des Eigenthümers zu einem Erwerber der Hypothekenforderung in Ansehung der Zinsen und anderer Nebenleistungen vgl. § 1158: „Soweit die Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen gerichtet ist, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigenthümer von der Uebertragung Kenntniß erlangt, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 406—408 Anwendung; der Gläubiger kann sich gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigenthümer nach den §§ 404, 406 bis 408, 1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen", und § 1159 B.G.B.: „Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen gerichtet ist, bestimmt sich die Uebertragung sowie das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften. Das Gleiche gilt für den Anspruch auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet. Die Vorschriften des § 892 finden auf die im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche keine Anwendung."

[7] § 1119 Abs. 1 B.G.B. R.T.B. § 1102; II. E. § 1028; I. E. § 1065. Das Gleiche gilt für eine Aenderung des Zahlungsorts und der Zahlungszeit: § 1119 Abs. 2 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 646, 647.

[8] Vgl. z. B. § 288 Abs. 1 Satz 1, § 289 Satz 1, §§ 291, 452, 767 B.G.B. Vgl. dazu auch § 1146 B.G.B.: „Liegen dem Eigenthümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt (§ 1146 B.G.B.), so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstücke".

[9] § 1118 B.G.B. R.T.B. § 1101; II. E. § 1027; I. E. § 1066. Hierin liegt eine Einschränkung des Eintragungs- und Spezialitätsprinzips. M. I. Bd. III. S. 647—650; Best S. 40.

[10] Regelsberger § 73, II. Ebenso nach B.G.B. Das ist wieder eine Folge des Eintragungs- und Spezialitätsprinzips.

Abschnitt 6.
Wirkungen des Pfandrechts.

Abtheilung 1.
Stellung des Eigenthümers[1].

§ 210.

Für die Stellung des Eigenthümers sind folgende Grundsätze maßgebend:

I. Gestaltung der Eigenthumsverhältnisse des Hypothekenobjekts. Die Hypothekenbestellung hat eine Veränderung in den Eigenthumsverhältnissen nicht zur Folge. Der Schuldner hat alle in dem Eigenthume liegenden Befugnisse auszuüben und ist nur in solchen Maßnahmen beschränkt, durch welche die Pfandgläubiger beeinträchtigt werden würden[2]. Dieß tritt in folgender Weise hervor:

1. Er bleibt im Besitze des Pfandobjekts und der Gläubiger erhält durch die Verpfändung allein nicht Anspruch auf den Besitz. Der antichretische Vertrag ist für unzuläßig erklärt[3].

2. Der Eigenthümer hat die Befugniß, das Objekt zu veräußern. Namentlich hat er

a. die Befugniß zur Veräußerung des Objekts im Ganzen. Diese ist durch die hypothekarische Belastung nicht beschränkt[4]; es tritt durch die Veräußerung eine Veränderung in der Stellung der Pfandgläubiger nicht ein[5] und es ist daher zur Veräußerung die Benachrichtigung oder Zustimmung dieser nicht erforderlich[6].

---

[1] Regelsberger, H.R. § 74; Becher § 129; Stobbe-Lehmann § 149, Nr. 7.

[2] H.G. § 45. Regelsberger, H.R. § 74. I.

[3] Nach früherem Rechte wurde der Vertrag für zuläßig erachtet, obwohl die Bestellung nur die Bedeutung eines Faustpfandrechts hatte: Regelsberger, H.R. § 70, 11; nach A.G. zur C.Pr.O. 23/2 1879 Art. 124 ist der Vertrag für Immobilien ausdrücklich verboten. Das B.G.B. kennt ihn nur beim Pfandrecht an beweglichen Sachen: §§ 1213, 1214 B.G.B.

[4] Ueber die Frage, inwiefern der Hypothekschuldner sich dem Hypothekgläubiger gegenüber der Veräußerungsbefugniß giltig begeben könne vgl. oben § 141, 34 und Regelsberger, H.R. § 74, 7.

[5] Ueber die Frage, wie der neue Erwerber haftet, vgl. unten Note 37 folg.

[6] H.G. § 45; Regelsberger, H.R. § 74. II. 1.

Nach B.G.B. ist jede Vereinbarung nichtig, durch die sich der Eigenthümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern[7].

b. Nach Bayrischem Rechte soll ohne Einwilligung der Hypothekengläubiger kein einzelnes Grundstück oder Realrecht getrennt werden; die Trennung ohne Einwilligung der Hypothekengläubiger ist aber nicht nichtig, sondern es bleibt das abgetrennte Stück dem bisherigen Hypothekenverband unterworfen, wobei dem Hypothekengläubiger die Befugniß zusteht, seine Rechte wegen schuldhafter Werthverminderung des Hypothekenobjekts geltend zu machen[8]. **Nach B.G.B. ist die Abtrennung einzelner Theile des Grundstücks ohne Zustimmung der Hypotheken- oder der Grundschuldgläubiger ohne Weiteres zuläßig; es werden damit die abgetrennten Theile nicht aus dem Pfandverbande frei; werden sie einem anderen Grundstücke zugeschrieben, so gehen zwar die auf diesem lastenden Hypotheken und Grundschulden auf den zugeschriebenen Theil über, haben aber Nachrang nach den hierauf schon lastenden Rechten**[9]. **Die Abtrennung ist sogar regelmäßig erforderlich, wenn ein Grundstückstheil besonders mit einem Rechte belastet werden soll**[10]. **Tritt in Folge der Abtrennung eine Verschlechterung des Grundstücks ein, so kommen die allgemeinen für Verschlechterungen geltenden Vorschriften zur Anwendung**[11]. Ausnahmen sind begründet für die Ablösung von grundherrlichen Abgaben, dann Forst- und Weiderechten[12], bei der Expropriation eines Theiles des Hypothekenobjekts[13] und bei der Erwerbung eines Theiles

---

[7] § 1136 B.G.B.; R.T.B. § 1119; II. E. § 1044; I. E. § 1077; M. I. Bd. III. S. 681, 682; oben § 141, 40 a. E.

[8] H.G. § 40; Regelsberger, H.R. § 74. II. 1. Vgl. dazu schon oben § 208, 41 ff.

[9] § 1131 B.G.B.; R.T.B, § 1114; II. E. § 1039; I. E. § 1067. Vgl. oben § 194, 119.

[10] § 6 R.Gr.B.O. Ausnahme bei Belastung mit Dienstbarkeiten und Reallasten, wenn Verwirrung nicht zu besorgen ist. Vgl. oben § 208, 44 ff.

[11] §§ 1133, 1134 B.G.B.: vgl. oben § 208, 44 ff.

[12] Die Hypothekenrechte gehen hier auf die Ablösungssumme über Regelsberger, H.R. § 69 B, 5. Vgl. oben § 208, 36.

[13] Expropriationsgesetz 17/11 1837 Art. 11. Die Rechte der Hypothekengläubiger gehen hier auf die Ablösungssumme über Regelsberger, H.R. § 69, 10. Vgl. oben § 152, 110.

des Hypothekenobjekts durch den Bergwerksbesitzer [14], in welchen Fällen die betreffenden Theile ohne Einwilligung der Hypothekengläubiger aus dem Hypothekenverband entlassen werden.

3. Eine Vertauschung einzelner Bestandtheile des Hypothekenobjekts und die Surrogirung durch andere können an sich nur mit Einwilligung der Pfandgläubiger ausgeübt werden, **während nach B.G.B. die allgemeinen Vorschriften über die Ab- und Zuschreibung von Grundstücken und deren Wirkung auf den Umfang der Pfandhaftung zur Anwendung kommen** [15]. Nur zur Vertauschung von Theilen angrenzender Grundstücke zur Grenzregulirung [16], zur Ausführung des von der zuständigen Behörde genehmigten Flurbereinigungsplans [17] sowie zum Feldesaustausche bei Bergwerken [18] ist schon nach jetzigem Rechte die Einwilligung der Hypothekengläubiger nicht erforderlich, vielmehr gehen die Rechte der Hypothekengläubiger von selbst auf die eingetauschten Parcellen über. Bei Gemeinheitstheilungen kann, wenn die Hypothekengläubiger die Einwilligung zu dem erforderlichen Umtausche der Grundstücke verweigern, der Konsens richterlich ergänzt werden [19].

4. Der Theilung des Pfandobjekts in mehrere selbständige Objekte steht vom Standpunkte der Sicherheit der Gläubiger nichts entgegen, da die auf dem ungetheilten Objekt eingetragenen Pfandrechte als Solidarpfandrechte auf die aus der Theilung hervorgegangenen neuen Objekte übergehen [20]. Doch haben die Hypothekgläubiger, die nicht einwilligen, nach bisherigem Rechte Anspruch auf sofortige Zurückzahlung ihrer Hypotheken [21]; **nach B.G.B.**

---

[14] Berggesetz Art. 135.

[15] Vgl. oben § 208, 4; § 210, 9.

[16] Vermarkungsgesetz 16/5 1868 Art. 5; Regelsberger, H.R. § 69. II. B. 1. Vgl. oben § 135, 29 ff. Diese Ausnahme hat dem B.G.B. gegenüber keinen Bestand.

[17] Flurbereinigungsgesetz v. 29. Mai 1886 Art. 8, 10 und 37; Regelsberger, H.R. § 69. II. B. 3. Vgl. oben § 140 A. Gedeckt durch Art. 113 E.G. z. B.G.B.

[18] Berggesetz Art. 62, 4. Vgl. unten § 288. Gedeckt durch Art. 67 E.G. z. B.G.B.

[19] H.G. § 37; Regelsberger, H.R. § 69. II. B. 1. Gedeckt durch Art. 113 E.G. z. B.G.B. — Zum Ganzen s. auch Becher § 126.

[20] Vgl. dazu § 1132 B.G.B. über die Gesammthypothek.

[21] H.G. § 39.

kommen auch hier die allgemeinen für Verschlechterungen geltenden Vorschriften zur Anwendung[22].

5. Der Eigenthümer darf Aenderungen an der Substanz der Sache vornehmen; doch muß er jede Verfügung unterlassen, durch die der Werth der Sache dauernd vermindert wird, da sonst dem Gläubiger die Befugniß zusteht, ein gerichtliches Inhibitorium zu erwirken oder Befriedigung vor der Verfallzeit zu verlangen[23]; **nach B.G.B. greifen auch hier die allgemeinen für Verschlechterungen geltenden Vorschriften Platz**[24].

6. Der Eigenthümer kann das Pfandobjekt mit dauernden Lasten belegen, soweit dadurch die Sicherheit der eingetragenen Gläubiger nicht beeinträchtigt wird, namentlich kann er:

a. Nachpfandrechte errichten, ohne daß hierzu die Einwilligung der voreingetragenen Pfandgläubiger erforderlich wäre[25]. Ein Vertrag, das Objekt nicht mit weiteren Pfandrechten zu belasten, ist nur für die Hypothekenbestellung auf Grund freiwilliger Rechtstitel und nur unter der Voraussetzung der Eintragung in das Hypothekenbuch wirksam[26].;

b. er kann dingliche Lasten auflegen, jedoch nur in der Art, daß dadurch die Rechte der Pfandgläubiger, welche nicht eingewilligt haben, nicht beeinträchtigt werden. Es gilt dieß sowohl für solche Belastungen, die im Hypothekenbuch eingetragen werden, wie Personalservituten und Reallasten[27], als für solche, die nicht eingetragen werden, wie Grunddienstbarkeiten[28], und es haben die Pfandgläubiger, welche in die Bestellung nicht gewilligt haben, das Recht zu verlangen, daß, insofern die Befriedigung ihrer Hypothek sonst beeinträchtigt werden würde, bei der Subhastation das Objekt

---

[22] §§ 1133, 1134 B.G.B. Vgl. oben § 208, 44.

[23] Vgl. oben § 208, 41—43 und unten § 213.

[24] §§ 1133—1135 B.G.B. Vgl. oben § 208, 44.

[25] H.G. § 45.

[26] H.G. § 44; Regelsberger, H.R. § 55. Doch ist letzteres bestritten; s. oben § 206 Ziff. II. 1.

[27] H.G. § 45; Regelsberger, H.R. § 74. II. 3. Das Bayrische Recht setzt nicht, wie Exner § 33, 16 meint, zur Begründung von Personalservituten und Reallasten Zustimmung der Hypothekengläubiger voraus, sondern es läßt die ohne Konsens der älteren Hypothekengläubiger errichteten dinglichen Belastungen diesen nachstehen, unten Note 29,

[28] Regelsberger, H.R. § 74, 11.

ohne diese Belastung ausgeboten wird (sog. doppelte Subhastation)[29].

Nach B.G.B. steht der weiteren Belastung des Grundstücks mit Hypotheken, Grundschulden und sonstigen dinglichen Rechten nichts im Wege; eine Vereinbarung, durch die sich der Eigenthümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht weiter zu belasten, ist sogar nichtig[30]. Die nach der Eintragung oder Vormerkung einer Hypothek oder Grundschuld eingetragenen oder vorgemerkten Belastungen haben Nachrang nach ersteren, sofern nicht in zuläßiger Weise abweichende Rangverhältnisse bestimmt sind[31]. Treten in Folge neuer Belastungen Verschlechterungen des Grundstücks ein, so greifen die allgemeinen für Verschlechterungen geltenden Vorschriften Platz[32]. Die doppelte Subhastation ist dem Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung fremd[33].

7. Der Eigenthümer hat das Recht, über die Früchte der Sache zu verfügen, also auch das Recht der Verpachtung[34].

II. Beschränkung des Umfanges des Pfandrechts. Der Eigenthümer hat Anspruch darauf, daß bei der Pfandbestellung auf Grund gesetzlicher genereller Rechtstitel die Eintragung auf einen solchen freien Güterwerth beschränkt wird, der nach Abzug der vorstehenden Posten den Betrag der Forderung um ein Drittheil übersteigt[35]. Diesen Anspruch kann er auch nach Entstehung der Hypothek geltend machen, wenn durch eingetretene Veränderungen die durch die Eintragung auf eine Mehrheit von Grundstücken geschaffene Sicherheit das gesetzlich gebotene Maß übersteigt, indem er hier Anspruch darauf hat, daß die eingetragene Hypothek auf dieses herabgesetzt wird[36].

---

[29] E.G. zum H.G. 57; Art. 57 Subh.Ordg.; Regelsberger, H.R. § 74, 10; Becher § 129, IV. Bl. XXV. 391; XXXVI. 351; LI. 49; LIV. 25; Samml. XI. 239; Ortenau-Henle, Comm. z. Subh.Ordn. zu Art. 57. A.M. Bl. XXXVI. 248.

[30] § 1136 B.G.B.

[31] §§ 879—881, 883 Abs. 3 B.G.B. Vgl. oben § 128 Ziff. 3.

[32] §§ 1133, 1134 B.G.B. Vgl. oben § 208, 44.

[33] **Alle Rechte, die nicht im gesetzlichen Mindestgebote (§ 44 R.Subh.Ordn.) berücksichtigt oder, obwohl dieß der Fall, durch Zahlung zu decken sind (§ 51 a. a. O.), erlöschen mit dem Zuschlage, wenn nicht ein Anderes vereinbart wird §§ 52, 91, 92 R.Subh.Ordn.**

[34] **Vgl. oben § 209 Ziff. I. 4.**

III. Haftung des Eigenthümers gegenüber den Hypothekengläubigern. Ist der ursprüngliche Schuldner der Eigenthümer, so haftet er persönlich mit seinem ganzen Vermögen und es steht dem Gläubiger frei, die persönliche oder dingliche Klage zu stellen oder beide mit einander zu verbinden[37]; der dritte Besitzer des Hypothekenobjekts haftet für die eingetragenen Hypotheken nur dinglich d. h. nur mit der hypothecirten Sache gegenüber der dinglichen, nicht der persönlichen Klage, wenn nicht durch Vertrag die persönliche Haftung von ihm übernommen ist. Dieß kann zunächst in der Form der privativen Schuldübernahme geschehen, indem der neue Erwerber durch Vertrag mit dem Veräußerer unter Genehmigung des Gläubigers als Schuldner an die Stelle des Veräußerers tritt, der seinerseits seiner Verpflichtungen entlassen wird[38]. Das bayrische Hypothekengesetz gestattet aber auch die kumulative Schuldübernahme[39], welche darin besteht, daß der neue Erwerber durch Vertrag mit dem Veräußerer die persönliche Haftung gegenüber den eingetragenen Gläubigern übernimmt und als persönlicher Schuldner diesen verpflichtet wird, ohne daß der Veräußerer der persönlichen Verpflichtung gegen die Gläubiger entlassen wird. Im Hinblick auf die Novelle zum Hypothekengesetz vom 29. Mai 1886 gelten für die privative Schuldübernahme nunmehr folgende Grundsätze[40]. Der dritte Besitzer[41] haftet nur dann

---

[35] Vgl. oben § 205, 15. Vgl. Regelsberger § 75; Becher § 130. Art. 117 E. G. z. B. G. B.

[36] Regelsberger, H.R. § 75, 2; Bl. XXV. 231. Der Anspruch ist obligatorischer Natur. Art. 117 E. G. z. B. G. B.

[37] H.G. § 49; Regelsberger, H.R. § 79. III. B.; vgl. dazu Samml. III. 432; VII. 69, 427, 861. Bl. XXXVIII. 216; XLIII. 252; XLIV. 88, 248; XLVI. 41 gegen Samml. I. 58; II. 186; Bl. XXXVII. 224; XLIII. 73, 74. Dazu Becher § 132 B. IV. Auch das B. G. B. hat keine die Wahl ausschließende Bestimmung.

[38] Nach neuerem Rechte kann dadurch die Verpflichtung aus dem bisherigen Vertrag unter Befreiung des Schuldners auf den neuen Schuldner übertragen werden und es ist dazu nicht wie nach römischem Rechte Novation erforderlich Windscheid § 338, 3. Vgl. Regelsberger § 92, 3.

[39] Vgl. über diese Regelsberger, H.R. § 92. B.

[40] Regelsberger § 93; Becher § 139; Henle, die Hyp.Ges.Nov. v. 29. Mai 1886, Erlangen 1889.

[41] Ueber diesen Begriff s. Regelsberger § 7. II. 2; Becher § 139 Nt. 4; Samml. VI. 346; VII. 267; VIII. 251; XI. 129; Bl. XLV. 169; b. Not-Zeit. 1884 S. 299; b. Not.Zeit. 1886 S. 156.

persönlich, wenn er durch Vertrag mit dem Schuldner die betreffende Schuld übernommen hat, und der Gläubiger hat ihm gegenüber die Wahl der Klagen wie gegenüber dem ursprünglichen Schuldner[42]. Die Haftung des ursprünglichen Schuldners hört jedoch dann auf, wenn der Hypothekengläubiger, sei es ausdrücklich[43] oder durch Geltendmachung der persönlichen Haftung des Schuldübernehmers[44], diesen als Schuldner annimmt oder wenn er, nachdem ihm vom bisherigen Schuldner die Schuldübernahme mit der Aufforderung angezeigt wurde, sich über die Genehmigung der Schuldübernahme zu erklären, seit dieser Aufforderung sechs Monate verstreichen läßt, ohne die Verweigerung oder Genehmigung erklärt zu haben. Andererseits kann vor erfolgter Genehmigung die Schuldübernahme durch formlosen Vertrag zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Schuldübernehmer jederzeit wieder aufgehoben werden; die Wiederaufhebung wird aber dem Gläubiger gegenüber erst wirksam, wenn entweder der Schuldübernehmer das Hypothekenobjekt vor der Genehmigung weiterveräußert oder die Wiederaufhebung der Weiterveräußerung dem Gläubiger angezeigt worden ist. Mit der Genehmigung der Schuldübernahme werden alle dem Schuldübernehmer vorgehenden Schuldner von der persönlichen Haftung befreit; der Schuldübernehmer ist nunmehr endgiltig in alle Verpflichtungen eines persönlich haftenden Unterpfandeigenthümers eingetreten; die spätere Weiterveräußerung des Hypothekenobjekts beseitigt für sich allein die Fortdauer der persönlichen Haftung des Schuldübernehmers nicht[45]; sie kann vielmehr nur durch einen besonderen Tilgungsgrund aufgehoben werden[46]. Die Vorschriften der Novelle finden auch auf diejenigen Schuldübertragungen Anwendung, die vor dem Inkrafttreten der Novelle d. i. 2. Juni 1886 erfolgt sind, jedoch nicht auf eine Genehmigung des Schuldnerwechsels, die vor dem

[42] H.G. § 56; Regelsberger, H.R. § 93. Der ursprüngliche Schuldner und der Schuldübernehmer haften als Correalschuldner. Samml. I. 86; 251; II. 284; III. 434; VII. 27. 71; XII. 20. A. M. Bl. XIV. 102.

[43] Notarielle Beurkundung ist nicht erforderlich. Bl. LII. 232. — Vgl. hierher auch Samml. XII. 292; Bl. LIV. 253.

[44] Vgl. über solche Fälle Becher § 139 Nt. 14; Henle a. a. O. S. 32, 33; Bl. LII. 232; Samml. XII. 294; b. Not.Zeit. 1890 S. 5.

[45] Dieß war früher bestritten. Vgl. die Literaturnachweise bei Henle a. a. O. S. 20. Für das jetzige Recht vgl. Bl. LI. 289; LII. 225; Samml. XII. 20; jedoch Bl. LI. 289 Anm.

[46] Vgl. dazu Samml. IX. 293.

Inkrafttreten der Novelle erklärt wurde, und nicht auf das Verhalten des Gläubigers, dem von diesem Zeitpunkt eine Aufforderung zur Erklärung über die Schuldübernahme zugegangen ist [47]. **Aehnliche Vorschriften enthält auch das B.G.B.** [48]. **Uebernimmt der Erwerber eines Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, so hängt die Wirksamkeit der Schuldübernahme von der Genehmigung des Gläubigers ab. Bis zur Genehmigung können die Parteien den Schuldübernahmevertrag ändern oder aufheben. Die Genehmigung kann erst ertheilt werden, wenn der Veräußerer die Schuldübernahme dem Gläubiger mitgetheilt hat. Die Mittheilung des Veräußerers darf aber erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist; sie muß auf Verlangen des Erwerbers und schriftlich geschehen; sie muß den Hinweis enthalten, daß der Uebernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb 6 Monate seit Empfang der Mittheilung erklärt. Sind seit dem Empfange der Mittheilung sechs Monate verstrichen, so gilt die Genehmigung als ertheilt, wenn nicht der Gläubiger sie dem Veräußerer gegenüber vorher verweigert hat. Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt. Sobald die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, hat der Veräußerer den Erwerber zu benachrichtigen. Bis zur Ertheilung der Genehmigung sowie auch nach der Verweigerung der Genehmigung ist im Zweifel der Uebernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Mit der Genehmigung scheidet der bisherige Schuldner aus der persönlichen Haftung und tritt der Uebernehmer an seine Stelle. Die Hypothek erlischt in Folge der Schuldübernahme nur dann, wenn der Gläubiger darauf verzichtet** [49]. **Im Uebrigen**

[47] Regelsberger § 93. V.; Becher § 7 Ziff. 3c; Bl. LIII. 81; Samml. XII. 7, 19, 292; Seuff. Arch. XLIII. 254.

[48] § 410 mit 414, 415 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 B.G.B. 415 Abs. 2 Satz 2 hat keine Anwendung.

[49] § 418 mit §§ 1168, 1175, 1177 B.G.B.

gelten auch für diese Schuldübernahme die allgemeinen Vorschriften[50].

Abtheilung 2.

Stellung des Gläubigers.

I. Allgemeines.

§ 211.

Die Rechtsstellung des Gläubigers einer Hypothekenforderung kommt demjenigen zu, der nach Civilrecht Gläubiger der Forderung ist; demjenigen, der im Hypothekenbuch als Gläubiger eingeschrieben ist, nur insofern, als er sich für seinen hypothekenrechtlichen Erwerb auf die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs berufen kann. Der Gläubiger kann seine Rechte auch durch Stellvertreter ausüben lassen.

Besondere Vorschriften enthält das Gesetz vom 18. März 1896 und das B.G.B. bezüglich der Inhaberhypotheken.

Bei Inhaberhypotheken erscheint jeweils derjenige als der Hypothekengläubiger, welcher Eigenthümer der mit dem Hypothekenrechte gesicherten Inhaberschuldverschreibung ist. Nur der Besitzer der Schuldverschreibung ist daher zu Verfügungen über die Hypothek befugt; die definitive wie vormerkungsweise Einschreibung solcher Verfügungen auf Antrag eines einzelnen Gläubigers ist nur dann zulässig, wenn dem Hypotheken(Grundbuch)amte die Schuldverschrei-

---

[50] Der Uebernehmer kann dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben; er kann nur nicht mit einer dem bisherigen Schuldner zustehenden Forderung aufrechnen und auch aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Uebernehmer und dem bisherigen Schuldner dem Gläubiger gegenüber keine Einwendungen herleiten. Die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte (mit Ausnahme der Hypothek; s. im Texte) erlöschen in Folge der Schuldübernahme, außer wenn der Bürge oder derjenige, dem der Verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt. Ein mit der Forderung für den Fall des Concurses verbundenes Vorzugsrecht kann im Concurs über das Vermögen des Uebernehmers nicht geltend gemacht werden. §§ 417, 418 B.G.B. Bezüglich der Uebernahme eines ganzen Vermögens s. § 419 B.G.B.

bung vorgelegt wird [1]. Hierdurch erwachsen Schwierigkeiten, wenn die Ausübung von Rechten des Hypothekengläubigers erforderlich wird und dieser unbekannt ist. Mit Rücksicht hierauf hat das Gesetz vom 18. März 1896, in Kraft seit diesem Tage [2], das Institut der Treuhänder geschaffen, das auch im B.G.B. beibehalten ist [3].

1. Bestimmungen für die nach dem 18. März 1896 eingetragenen Inhaberhypotheken [4]:

a. Für die jeweiligen Gläubiger einer Inhaberhypothek kann ein Vertreter (Treuhänder) bestellt werden.

b. Die Bestellung und Abberufung des Treuhänders erfolgt durch die Generalversammlung der Gläubiger; sie kann aber auch dem Gericht übertragen werden, bei welchem das Hypotheken-(Grund)buch geführt wird. Zur Bestellung ist die Eintragung in das Hypotheken(Grund)buch erforderlich.

c. Der Treuhänder ist befugt, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen, Zustellungen in Empfang zu nehmen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten [5]. Der Vorlage der Schuldverschreibung bedarf es hier nicht [6]. Die Rechtswirksamkeit bestimmter Verfügungen des Treuhänders kann jedoch von der Generalversammlung der Gläubiger abhängig gemacht werden, deren Einberufung dem Gerichte, bei dem das Hypothekenbuch geführt wird, übertragen werden kann [7].

---

[1] §§ 1187—1189 B.G.B. R.T.B. §§ 1170—1172; II. E. §§ 1097—1099. Vgl. oben § 202a, 11 ff.

[2] Vgl. zum Folgenden besonders die Mot. hierzu in Verh. d. K. d. Abg. 1895/96 Beil.Bd. VII. S. 691, 692 und Henle, Sigm. Merzbacher, Comm. z. Ges. v. 18. März 1896; Becher § 202a und Nachtr. Nr. 198.

[3] Art. 22 des Ges. v. 18. März 1896; § 44 Abs. 1 R.Gr.B.O. Ausnahme, wenn ein Treuhänder bestellt ist: § 44 Abs. 2 R.Gr.B.O.

[4] Art. 21 des cit. Ges.

[5] Der Treuhänder hat vornehmlich die Rechte der Obligationäre gegenüber den Aktionären zu wahren auf Grund des Pfandrechts, das die Obligationäre an dem Immobile der betr. Gesellschaft besitzen: Verh. d. K. d. Abg. 1895/96 Beil.Bd. VI. S. 361. — § 1189 Abs. 1 B.G.B.

[6] § 44 Abs. 2 R.Gr.B.O.

[7] Die Mot. S. 692 bemerken hierzu: „Die Feststellung der Befugnisse des Vertreters liegt im Ermessen der Betheiligten. Diese können insbesondere bestimmen, inwieweit die einzelnen Inhaber in ihren Befugnissen, über die Hypothek zu verfügen, beschränkt sind und ob der Treuhänder bei bestimmten

d. Der Treuhänder ist, soweit seine Befugnisse reichen, gegenüber dem Eigenthümer und zwar sowohl gegenüber dem ersten Besteller der Hypothek wie jedem späteren Eigenthümer auch verpflichtet, diejenigen Verfügungen vorzunehmen, die der Eigenthümer sonst von dem Gläubiger verlangen kann [8].

e. Die Bestellung eines Vertreters schließt die Amortisation der Inhaberhypothek aus [9].

2. Für die Gläubiger der vor dem 19. März 1896 eingetragenen Inhaberhypotheken ist nur auf Antrag des Eigenthümers und nur dann ein Vertreter zu bestellen, wenn sich der Eigenthümer und die Gläubiger über die Person des Vertreters und über den Umfang seiner Befugnisse einigen. Die Gläubiger beschließen hierüber in einer Generalversammlung mit absoluter Stimmenmehrheit, die sich nach dem Antrage der in der Generalversammlung vertretenen Forderungen berechnet. Die Generalversammlung ist nach den im § 187 der Reichscivilprozeßordnung für Ladungen gegebenen Vorschriften zu berufen. Zuständig zur Berufung und Bestellung des Vertreters ist das Gericht, bei dem das Hypothekenbuch geführt wird [10].

Erklärungen an die Zustimmung der Generalversammlung der Gläubiger gebunden ist. Die Bestellung des Treuhänders und die Feststellung des Umfangs seiner Befugnisse bildet einen Theil der Uebereinkunft, die zwischen dem ersten Begeber und dem späteren Erwerber geschlossen wird; kraft dieser Uebereinkunft ist das Recht jedes einzelnen Erwerbers inhaltlich durch die Verpflichtung beschränkt, dem Treuhänder die Vertretung hinsichtlich der Hypothek zu überlassen. Eine Aenderung in der Person des Treuhänders und eine neue Ordnung seiner Befugnisse könnte daher nur mit Zustimmung sämmtlicher Inhaber und des Eigenthümers erfolgen. Häufig wird bei der Ausgabe von Theilschuldverschreibungen die Abberufung des Vertreters und die Bestellung eines neuen Vertreters der Generalversammlung der Gläubiger oder dem Gerichte übertragen werden. Die Regelung der obligatorischen Beziehungen zwischen dem Treuhänder und den einzelnen Gläubigern ist den Vereinbarungen der Betheiligten überlassen."

[8] Vgl. auch § 1189 Abs. 2 B.G.B.

[9] Art. 24, 25 des cit. Ges.; vgl. Näheres Becher § 239 lit. E. Ziff. II. S. 1265 ff.

[10] Art. 26 Abs. 3 des cit. Ges.

II. Inhalt des Pfandrechts.

§ 212.

1. Recht auf Befriedigung[1].

Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger den Anspruch, Befriedigung der Forderung aus der Pfandsache zu verlangen. Nach römischem Rechte hatte zu diesem Behufe der Gläubiger mit der actio hypothecaria die Herausgabe der Sache zu betreiben, um sich durch den Verkauf dieser Befriedigung zu verschaffen. Der Schuldner sowie der dritte Besitzer konnte die Herausgabe durch Zahlung abwenden; ein unmittelbarer Anspruch auf Zahlung dagegen war weder gegenüber dem Schuldner, noch gegenüber dem dritten Besitzer gegeben[2]. Dieß ist im neueren Hypothekenrecht allgemein dahin umgestaltet, daß der Verkauf nicht mehr durch den Gläubiger, sondern gerichtlich vollzogen wird[3], daher auch die hypothekarische Klage nicht mehr auf Herausgabe des Pfandobjekts an den Kläger, sondern auf Befriedigung des Klägers durch Exekution in das Pfandobjekt zu richten ist[4]. Dadurch allein ist indessen keine Veranlassung gegeben, für die moderne Hypothek einen von dem der römischen Hypothek abweichenden Inhalt vorauszusetzen, da die abweichende Gestaltung des Verfahrens sich daraus erklären läßt, daß im Interesse der Rechtsordnung der Privatverkauf durch den gerichtlichen Verkauf, daher auch die Herausgabe an den Gläubiger durch die gerichtliche Beschlagnahme zum Behufe der Subhastation ersetzt wurde[5]. Neuerdings wird freilich behauptet, der Hypothekenanspruch des neueren Rechtes gehe nicht auf Befriedigung des Gläubigers durch Verkauf des Hypothekenobjekts, sondern auf Zahlung einer Geld-

---

[1] Regelsberger, H.R. § 9. 10. 78; Becher § 132; M. I. Bd. III S. 675 ff.; Best S. 61 ff. Stobbe-Lehmann §§ 150, 152, 159.

[2] Vgl. unten § 215, 2 folg.

[3] Es ist dieß in unseren Hypothekengesetzen allgemein anerkannt, vgl. Roth, d. P.R. § 310 Nt. 9 und 11.

[4] Es folgt dieß aus den Bestimmungen unserer Hypothekengesetze, welche dem Gläubiger nur das Recht, Befriedigung aus dem Objekte zu suchen, einräumen. Auch als die Klage noch auf Abtretung gerichtet werden konnte, war diese nicht mehr gewöhnlich Heyne, Commentar I. 330. Vgl. auch Roth, d. Pr.R. § 215, 18.

[5] Dieß wird hervorgehoben von Römer, Pf.R. § 2, 5; Roth, H. S. 103; Rudolph, A. f. C. P. LXVII. 244.

summe[6], sei also nicht den Principien des römischen Rechtes, sondern den in dieser Hinsicht erhaltenen Principien des älteren Deutschen Rechtes conform[7]. Diese Annahme, die auch in der historischen Entwicklung keine Bestätigung findet[8], entspricht jedoch nicht dem Standpunkt unserer Hypothekengesetze, welche vielmehr als Inhalt des Hypothekenrechts das Recht des Gläubigers bezeichnen, die Befriedigung seiner Forderung durch die Subhastation des Hypothekenobjekts zu betreiben, wobei dem Eigenthümer, wie nach römischem Rechte, die Befugniß eingeräumt ist, durch Zahlung den Verkauf des Hypothekenobjekts abzuwenden[9]. Dieß ist, obwohl es bestritten ist, auch für das Bayrische Recht anzunehmen[10].

---

[6] Meibom, H.R. § 22, 5 und Regelsberger, H.R. § 10, 7 und § 58, 5 führen dieß zunächst für das Mecklenburgische und Bayrische Hypothekenrecht aus. Ebenso Stobbe=Lehmann § 147, 7; § 150, 1. Vgl. dazu auch Becher § 132 A.

[7] Sohm, Natur der modernen Hypothek 8.

[8] S. die Ausführungen bei Roth, b. Pr.R. § 291, 92 folg.

[9] Die Hypothekengesetze sprechen dieß theilweise nur für den Fall aus, daß die Klage gegen den dritten Besitzer gestellt wird, so b. H.G. § 54; vgl. Roth, b. P.R. § 310 Nt. 10. Für den persönlichen Schuldner, der mit der Pfandklage belangt wird, versteht sich dieß übrigens von selbst Exner, H.G. § 34, 12.

[10] Nach meiner Meinung ist dieß auch die Stellung des Bayrischen Rechtes, da in H.G. § 49 ganz allgemein gesagt ist: „Der Gläubiger erlangt durch die Hypothek das dingliche Recht, die Befriedigung seiner Forderung aus der dafür bestimmten Sache zu verlangen." Allerdings heißt es in H.G. § 54, der dritte Besitzer sei verbunden, die Hypothekenforderung zu bezahlen oder dem Gläubiger das hypothecirte Gut abzutreten, damit er aus den Früchten oder der Substanz der Sache befriedigt werde; allein es ist dieß nur die alternative Fassung des Klagpetitums, wie sie im vorigen Jahrhundert allgemein zugelassen wurde und im Bayr. L.R. II. 6. 19 Nr. 6 ausdrücklich als zuläßig erklärt ist, nicht weil der Inhalt des Hypothekenrechts abweichend von den Grundsätzen des römischen Rechtes als Verpflichtung zur Zahlung einer Geldschuld erklärt werden sollte, sondern weil, wie Kreittmayr sagt, der dritte Inhaber ebensogut als Debitor selbst durch Entrichtung der Schuld von dieser Klage sich entbinden kann, vgl. Roth, b. Pr.R. § 291, 100. Ich kann daher Regelsberger nicht zustimmen, der H.R. § 10, 22 annimmt, der Inhalt des Hypothekenrechts des Bayrischen Rechtes sei dahin festzustellen, daß der Eigenthümer für Zahlung der versicherten Summe hafte, ich nehme vielmehr an, daß auch nach Bayrischem Rechte, wie nach den anderen Deutschen Hypothekengesetzen, der Gläubiger nur einen Anspruch hat, die Befriedigung seiner Forderung durch Exekution zu suchen, wie dieß H.G. § 49 allgemein ausspricht. Die von Gönner, Commentar I. 415 ausgesprochene Ansicht, daß der Hypothekenanspruch immer auf Zahlung gehe, soll nicht einen dem Bayrischen Rechte eigenthümlichen Rechtssatz aufstellen, sondern gibt nur die in dem Leben und

Das Recht auf Befriedigung, auf welches nicht verzichtet werden kann [11], enthält die Befugniß, den gerichtlichen Verkauf des Hypothekenobjekts zu beantragen [12]. Der Gläubiger hat auch das Recht, zu seiner Befriedigung die Sequestration (Zwangsverwaltung) des Hypothekenobjekts zu verlangen [13]. Der Zwangsverkauf muß ein gerichtlicher sein. Der Privatverkauf kann vertragsmäßig nicht gestattet werden [14]. Unzuläßig ist die Vereinbarung, daß das Pfandobjekt nach der Verfallzeit der Forderung dem Gläubiger zu Eigenthum zufallen soll (lex commissoria) [15]. Dem dritten Besitzer des Hypothekenobjekts, der die persönliche Haftung für die Hypotheken nicht übernommen hat, steht, wenn er mit der Hypothekenklage belangt ist, die Befugniß zu, durch Abtretung des Hypothekenobjekts an die Gläubiger sich von allen Ansprüchen dieser zu befreien [16]. Dieses in der älteren gemeinrechtlichen Praxis ausgebildete und im französischen Rechte [17] noch erhaltene Institut ist durch die Bayrische Gesetzgebung nicht näher bestimmt und daher sein Inhalt bestritten, um so mehr, als die Anwendung nur selten vorkommt [18]. Nach der Darstellung von Gönner hat die Abtretung die Bedeutung einer datio in solutum [19], wonach also das Eigenthum des Objekts an den Gläubiger oder die Gläubiger übergeht,

der Praxis gewöhnliche Fassung, wie sich dieß auch anderwärts findet, z. B. in der Preußischen und Österreichischen Praxis, vgl. Roth, b. Pr.R. § 310 Note 11. Auch das in dem Bayrischen Rechte besonders geregelte Recht der Abtretung des Hypothekenobjekts unten Note 16 folg. scheint mir nicht entgegenzustehen. Ebenso erklärt sich gegen die Auslegung, die Regelsberger den Bestimmungen des Bayrischen H.G. gibt, Rudolph in A. f. C. Pr. LXVII. 239 folg. Wie Regelsberger auch Becher § 132 A. Bl. XXVI. 426; Samml. I. 446; IX. 465; Gönner I. 416; Lehner, H.R. § 85.

[11] Der Verzicht auf zwangsweise Befriedigung ist mit dem Begriffe des Hypothekenrechts nicht vereinbar Regelsberger, H.R. § 80 Nr. 4 b; Becher § 132 C 3.

[12] Vgl. oben Note 9; Roth, b. Pr.R. § 310 Nt. 9 und 11.

[13] H.G. § 51. Der Gläubiger kann auch auf die eine oder andere Exekutionsart verzichten Regelsberger, H.R. § 80, 11. Becher § 132 Nt. 41.

[14] Regelsberger, H.R. § 84, 13; Becher § 132 zu Nt. 41.

[15] Regelsberger, H.R. § 80, 7; Becher § 139 C. 3.

[16] H.G. § 26; Regelsberger, H.R. § 81; Becher § 139 D.

[17] Vgl. Roth, b. P.R. § 313, 74 folg.

[18] Regelsberger, H.R. § 28, 5.

[19] Gönner, Commentar I. 450; übereinstimmend Lehner, H.R. I. § 148 Nr. 2, Regelsberger, H.R. § 81, 1 und Becher § 139 D.

an welche die Abtretung erfolgt [20]. Dieß widerspricht indessen der Bestimmung des Hypothekengesetzes, daß die Abtretung an den Gläubiger zu dem Zwecke erfolgt, damit er aus den Früchten oder der Substanz der Sache befriedigt werde [21]. Das Bayrische Recht nimmt also keine andere Stellung ein als das gemeine Recht, welches bei der alternativen Klagbitte die Abtretung nur zum Behufe der Befriedigung der Forderung durch Zwangsverkauf zuließ [22], und das französische Recht, nach welchem durch das Aufgeben der Liegenschaft nur der Besitz des Objekts auf die Gläubiger übertragen wird, welche dann die Zwangsversteigerung zu betreiben haben [23]. Die Abtretung des Hypothekenobjekts an den Gläubiger gibt diesen also auch nach Bayrischem Rechte keine andere Befugniß als die Befriedigung ihrer Forderung durch Zwangsverkauf oder Einweisung zu suchen [24]. Daraus ergibt sich als selbstverständliche Folge, daß der Eigenthümer für den Mindererlös bei der

---

[20] Dieß spricht Regelsberger, H.R. § 81. 1 I. direkt aus, es ist aber auch als der Meinung von Gönner entsprechend anzusehen, da er Commentar I. 451 den Fall als möglich voraussetzt, daß die Gläubiger das Objekt behalten wollen. Der gleichen Ansicht ist Lehner, H.R. I. § 148 Nr, 3.

[21] H.G. § 54: „oder dem Gläubiger das hypothecirte Gut abzutreten, damit er aus den Früchten oder der Substanz der Sache befriedigt werde." Aus diesem Satze erhellt zweifellos, daß das Gesetz einen Uebergang des Eigenthums auf die Gläubiger nicht gemeint haben kann, da es diesen nur die Befugniß einräumt, das Objekt subhastiren zu lassen oder zu ihrer Befriedigung Immission in die Früchte nachzusuchen, in welchem Falle das Eigenthum zweifellos bei dem Abtretenden bleibt.

[22] Wie die bei Roth, b. Pr.R. § 291, 91 folg. gegebene Zusammenstellung entnehmen läßt, war die im vorigen Jahrhundert allgemein als zuläßig angesehene alternative Klagbitte auf Zahlung oder Herausgabe zum Zwangsverkaufe gerichtet. Ein Verlangen der Abtretung zu Eigenthum an den Kläger hat in dem Rechte dieser Zeit keine Begründung und ist auch im Bayrischen Landrechte nicht vorgesehen. Daß auch das Bayrische Hypothekengesetz einen solchen Rechtssatz nicht aufgestellt hat, ergibt sich aus dem Wortlaute des § 54.

[23] Vgl. Roth, b. Pr.R. § 313, 76.

[24] Die Annahme von Gönner, Comment. I. 451 und Regelsberger, H.R. § 81. I. 2, daß, wenn keiner der Gläubiger die Abtretung des Objekts annehmen wolle, dieses auf den persönlichen Schuldner übergehe und daß dann gegen diesen die Zwangsvollstreckung zu vollziehen sei, hat im Gesetze keine Begründung, da dieses dem Gläubiger nur das Recht einräumt, auf Exekution anzutragen; ebensowenig entspricht sie dem gemeinen Rechte und dem Bayrischen Landrechte.

Subhastation nicht in Anspruch genommen werden kann[25] und daß der Mehrerlös ihm zufällt[26]. Einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen hat er insofern als der Verkaufswerth dadurch erhöht ist[27].

Der hypothekarische Anspruch des B.G.B. geht nicht allgemein auf Zahlung der Hypothekforderung, sondern auf Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, im Wege der Zwangsvollstreckung[28]. Doch ist nicht nur der Eigenthümer berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, sofern nur die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist oder der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist[29], sondern auch jeder Dritte, der Gefahr läuft, durch die vom Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Grundstücke zu verlieren[30]; der Eigenthümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, oder der Dritte er-

---

[25] Von bayrischen Schriftstellern wird theilweise die Meinung vertreten, daß der Eigenthümer für den Mindererlös hafte, wenn er, statt von dem Rechte der Abtretung Gebrauch zu machen, die Sache zum Zwangsverkaufe kommen lasse Gönner, Comment. I. 449; Reithmayr in Bl. XXXII. 162. Als Grund wurde angeführt, daß, weil das Gesetz Zahlung oder Abtretung alternativ vorschreibe, der Eigenthümer, der die letztere unterlassen, zur Zahlung der ganzen Forderung verpflichtet sei. Auch v. Roth hatte sich Bayr. C.R. (1) § 195, 29 dieser Ansicht angeschlossen. Dagegen erklären sich Lehner, H.R. I. § 147, Graf, Commentar III. 89 und Regelsberger, H.R. § 81. IV. 2 mit Berufung darauf, daß die Praxis eine solche Haftung nicht anerkenne. Nach der oben Note 24 gegebenen Begründung kann von einer Haftung für den Mindererlös nicht die Rede sein. (Roth, d. Pr.R. § 310 Nt. 35).

[26] Regelsberger, H.R. § 81. IV. 2. Es entspricht dieß den Bestimmungen des französischen Rechtes s. Roth, d. Pr.R. § 318, 78 und rechtfertigt sich aus allgemeinen Gründen.

[27] l. 29 § 2 D. 20. 1; Windscheid § 235, 15; Erk. Celle 17|1 1854 Sf. IX. 11.

[28] § 1147 B.G.B. R.T.B. § 1130; II. E. § 1054; I. E. § 1075. (M. I. Bd. III. S. 676; Best S. 61—63); Bunsen § 49, II. Vgl. dazu das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 (R.G.Bl. S. 97 ff.) mit Einf.Ges. vom gleichen Tage (R.G.Bl. S. 135).

[29] §§ 1142—1145 B.G.B.; R.T.B. §§ 1125—1128; II. E. §§ 1050—1052; I. E. §§ 1080, 1094, 1096, 1119.

[30] § 1150 mit §§ 268, 1144, 1145 B.G.B. (R.T.B. § 1133; II. E. § 1057; I. E. §§ 1081, 1082, 1119). Insbesondere auch der Besitzer, wenn er Gefahr läuft, hierdurch den Besitz zu verlieren.

wirbt, wenn er den Gläubiger befriedigt, insoweit die Hypothekforderung des befriedigten Gläubigers (Ablösungsrecht)[31]. Die Abtretungsbefugniß des nur dinglich haftenden Eigenthümers ist dagegen dem B.G.B. unbekannt. Vereinbarungen, die dem Gläubiger das Recht der Befriedigung durch außergerichtlichen Verkauf oder auf sonstige Weise einräumen, sowie die lex commissoria, wonach der Gläubiger zum Zwecke der Befriedigung die Uebertragung des Eigenthums am Grundstücke verlangen kann, sind nach B.G.B. nicht allgemein nichtig, sondern nur dann, wenn diese Vereinbarungen abgeschlossen worden sind, bevor die Forderung dem Eigenthümer gegenüber fällig geworden war[32]. Unabhängig von der Richtung des hypothekarischen Anspruchs haftet aus dem persönlichen Forderungsrechte der persönliche Schuldner dem Gläubiger. Befriedigt dieser den Gläubiger[33], so erlischt die Forderung und der Eigenthümer erhält die Hypothek als Eigenthümerhypothek; nur wenn der persönliche Schuldner von dem Eigenthümer oder dessen Rechtsvorgänger Ersatz verlangen kann, geht die Hypothek insoweit auf den Schuldner über; der Gläubiger ist deßhalb auch verpflichtet, falls er die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreibt, den persönlichen Schuldner hiervon zu benachrichtigen, andernfalls dieser die Befriedigung des Gläubigers wegen eines Ausfalls bei der Zwangsversteigerung insoweit verweigern kann, als er in Folge der Unterlassung der Benachrichtigung einen Schaden erleidet[34].

§ 213.

2. Anspruch auf Sicherstellung[1].

Der Pfandgläubiger hat das Recht, zu verlangen, daß die ihm durch die Pfandbestellung gewährte Sicherheit unverändert erhalten

---

[31] §§ 1143, 268 B.G.B.

[32] § 1149 B.G.B.; R.T.B. § 1132; M. I. Bd. III. S. 680, 681; I. E. § 1077; II. E. § 1056; Best S. 66—68.

[33] § 1164 B.G.B. Der Befriedigung steht die Confusion gleich. — Vgl. Best S. 118—122; unten § 221.

[34] § 1166 B.G.B.; Best S. 120—122; Haidlen S. 413, 414.

[1] Regelsberger, H.R. § 76. 77. Becher § 131.

werde. Hat der Gläubiger in Folge besonderer Festsetzung ein bestimmtes Maß von Sicherheit anzusprechen, so kann er, wenn es vermindert wird, eine Ergänzung verlangen. Dieß ist der Fall, wenn bei der Hypothekerrichtung auf Grund eines allgemeinen Rechtstitels die Hypothekenbestellung auf einen bestimmten freien Güterwerth beschränkt wird und dieser eine Veränderung erleidet [2]; ferner, wenn bei Bestellung einer Sicherheitshypothek die eingetragene Summe zur Leistung der Sicherheit unzulänglich geworden [3] und der erste Verpfänder zugleich der persönlich haftende Schuldner gewesen ist. Hat der Unterpfandeigenthümer durch rechtswidriges Verhalten eine Werthminderung des Pfandobjekts in der Art herbeigeführt, daß dieses nicht mehr hinlängliche Sicherheit gewährt, so hat der Gläubiger das Recht, eine Ergänzungshypothek zu verlangen, und Sicherheitsmaßregeln zu beantragen [4] sowie die Befugniß, seine Befriedigung vor der Verfallzeit zu fordern [5]. Zwischen den verschiedenen Arten der Rechtshilfe hat der Hypothekengläubiger die Wahl [6]; nur bei Sicherheitshypotheken ist er auf den Ergänzungsanspruch und das letztgenannte Rechtsmittel beschränkt [7]. Das Recht des Hypothekengläubigers, im Falle unerlaubter Handlungen nach Maßgabe des örtlichen Civilrechts Schadenersatz zu fordern, ist hierdurch nicht berührt [8]. **Das B.G.B. kennt ein gesetzliches Recht des Gläubigers auf Hypothekergänzung nicht [9]; auch die Befugnisse, welche ihm im Falle einer Verschlechterung des Grundstücks zustehen, umfassen ein solches Recht nicht [10]; die ihm in solchem Falle zustehenden Rechte sind schon oben § 208 Ziff. III angeführt.**

[2] Regelsberger, H.R. § 76. II. 1.

[3] H.G. § 19 Regelsberger, H.R. § 76. II. 2.

[4] Vgl. dazu § 773—775, § 817 R.C.P.O. mit Art. 32 A.G. z. R.C.P.O.; Regelsberger § 77; Becher § 131 zu Nr. 17. S. auch d. Not.Zeit. 1882 S. 346; Samml. VIII. 610, 632; Bl. XLVI. 41; LIII. 361.

[5] H.G. § 45.

[6] Regelsberger § 77, 2; Becher § 131, III. 3. A. M. Gönner I. 396.

[7] Regelsberger § 77 Ziff. 2.

[8] Samml. VII. 74; IX. 21; X. 408; Bl. XLVI. 233; Becher § 131, III. 4.

[9] Vertragsmäßig kann ein solches geschaffen werden.

[10] §§ 1133—1135 B.G.B.

III. Dispositionsbefugniß des Gläubigers.

§ 214.

Dem Gläubiger steht das Recht zu, Verfügungen über die für ihn eingetragene Hypothek zu treffen, soweit er überhaupt dispositionsfähig ist und sich nicht aus dem Hypothekenbuch eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der betreffenden Post ergibt[1]. Die hier in Betracht kommenden Verfügungen sind:

I. Dispositionen hinsichtlich der Priorität. Der Gläubiger kann:

1. auf das Vorzugsrecht seines Pfandrechts verzichten, indem er einem nachstehenden Pfandrechte den gleichen Rang mit dem seinigen oder den Vorrang vor diesem einräumt[2];

2. eine Rangabtretung (Prioritätseinräumung)[3] vornehmen. Diese besteht in der Uebereinkunft zwischen zwei Gläubigern, deren Posten sich nicht unmittelbar folgen, daß der nachstehenden Post der Rang der vorgehenden eingeräumt werden soll[4]. Sie wird einseitig durch Uebereinkunft zwischen den beiden Gläubigern vollzogen[5], wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß durch die Rangein-

---

[1] Ueber Verfügungsbeschränkungen des Pfandgläubigers vgl. Exner, H.R. § 60; Regelsberger § 87 Ziff. 3; § 90 Ziff. 1; Becher § 134 Ziff. I. 1, § 136 Ziff. II. 1; § 138 Ziff. II.

[2] Vgl. unten § 219 Ziff. 2.

[3] Regelsberger, H.R. § 91; Becher § 138; Stobbe-Lehmann § 151 Nr. 8 und die Citate daselbst.

[4] H.G. § 62. „Ein Hypothekgläubiger kann unbeschadet seines Hypothekenrechtes den durch frühere Eintragung erworbenen Vorzug einem späteren Gläubiger abtreten, jedoch wird dadurch den anderen Gläubigern an dem bereits erlangten Vorzuge nichts entzogen." Es ist sogar der gewöhnliche Fall, daß ein bereits eingetragener Gläubiger einem erst einzutragenden im Range ausweicht. Dagegen kann allerdings einer Forderung, die gar nicht eingetragen wird, der Rang einer eingetragenen Hypothek nicht eingeräumt werden, Lehner, H.R. § 113. Nr. 1. A. M. Gönner, Comment. I. 285 und II. 273 und ein Aufsatz Bl. XXVI. 84; der in dem letzteren angeführte Grund, daß das Gesetz selbst nur Abtretung an einen „Gläubiger" voraussetze und demnach die Eintragung des letzteren nicht als Bedingung ausspreche, ist unrichtig, da das Gesetz ausdrücklich Abtretung an einen „späteren" Gläubiger, also einen solchen erwähnt, der überhaupt ein Prioritätsrecht hat. Dieß ist H.G. § 151 noch präcisirt: „Wenn ein Hypothekgläubiger das Vorzugsrecht seiner Hypothek einem nachher eingetragenen Gläubiger abtritt . . ." und ebenso setzt Instruktion § 28, 11 voraus, daß beide Forderungen eingetragen sind. Vgl. Regelsberger § 91, 8; Becher § 138, II.

räumung die Vorzugsrechte der Zwischenposten nicht geändert werden [6]. Die Rangabtretung kann daher von dem voreingetragenen Gläubiger einseitig für keinen höheren Betrag als den seiner eigenen Post verfügt werden [7]. Soweit der Betrag der rücktretenden Post den der vortretenden übersteigt, behält der durch die letztere nicht gedeckte Betrag der ersteren den ursprünglichen Rang [8]. **Das B.G.B. weicht insofern von diesen Grundsätzen ab, als auch die Zustimmung des Eigenthümers zur Rangabtretung erforderlich ist, wenn eine Hypothek- oder eine Grundschuld im Range zurücktreten soll [9]. Die Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten kann formlos erfolgen und muß in das Grundbuch eingetragen werden [10]. Die Zustimmung des Eigenthümers ist dem Grundbuchamt oder einem Betheiligten gegenüber zu erklären und ist unwiderruflich. Im Uebrigen ist auch nach B.G.B. die Wirkung der Rangabtretung von dem Schicksale des zurücktretenden Rechtes abhängig; nur dadurch, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird, geht der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang nicht verloren. Rechte, welche den Rang zwischen dem zurücktretenden und dem vortretenden Rechte haben, werden auch**

---

[5] Der Schuldner ist dabei gar nicht interessirt, da es sich hier nur um die Rangordnung der Gläubiger unter sich handelt; die anderen Hypothekengläubiger aber haben kein Interesse zu wahren, da Rangabtretung an und für sich nur gültig ist, insoweit dadurch den anderen Hypothekengläubigern an ihren Rechten nichts entzogen wird.

[6] H.G. § 62; der Rangabtretungsvertrag bedarf nach herrschender Ansicht nicht der notariellen Beurkundung. Vgl. hierüber Becher § 138 Nt. 16. Bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, erfolgt die Rangabtretung auch nach dem 1. Januar 1900 noch nach bisherigem Rechte: Art. 189 Abs. 1, Art 186 E.G. z. B.G.B.

[7] Gönner, Commentar I. 506.

[8] Regelsberger, H.R. § 91. II. C. b.

[9] § 879 Abs. 3, § 880 B.G.B. Es entspricht wohl auch dem geltenden Rechte, daß, falls die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, zum Rangrücktritt auch die Zustimmung dieses Dritten erforderlich ist. Die Zustimmung ist dem Grundbuchamte oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt; sie ist unwiderruflich. §§ 876, 880 Abs. 3 B.G.B.

[10] Vgl. oben § 128, 25. Die § 873 Abs. 2 und § 878 finden auch hier Anwendung.

nach B.G.B. durch die Rangänderung nicht berührt. Die Vorrangeinräumung hat aber zur Folge, daß der persönliche Schuldner insoweit frei wird, als er ohne solche Verfügung im Falle der Befriedigung aus der Hypothek hätte Ersatz verlangen können [11].

Ueber die rechtliche Natur der Rangabtretung sind die Ansichten getheilt. Nach der einen Ansicht besteht diese in einer gegenseitigen Cession der Forderungen [12]. Nach einer anderen Ansicht vollzieht sich damit ein Austausch der Hypothekenrechte ohne einen Wechsel der Forderungen, so daß die nachstehende Forderung definitiv in den Rang der vorstehenden Forderung einrückt [13]. Gegen diese Auffassung ist indessen einzuwenden, daß eine Abtretung der Hypothek allein ohne die Forderung, also auch des Ranges der Hypothek nach unseren Rechten unzuläßig ist [14] und daß mit dieser Construktion der Grundsatz, daß durch die Rangabtretung das Vorrecht der zwischenstehenden Gläubiger nicht beeinträchtigt werden dürfe, nicht vereinbar ist [15]. Noch eine andere Ansicht geht dahin, daß sich bei der Rangabtretung der abtretende Gläubiger nur verpflichte, für den Fall des Zwangsverkaufs dem nachstehenden Gläubiger denjenigen Theil des Erlöses zu überlassen, der dem abtretenden Gläubiger nach Maßgabe des seiner Forderung zustehenden Ranges zukommt, und sich auf die Bezahlung an der Stelle des vorgesetzten Gläubigers anweisen lasse, daß also der vorstehende Gläubiger dem nachstehenden das Recht einräume, Befriedigung aus dem Kaufgelde des Pfandes für die vortretende Forderung vor dem die Priorität Einräumenden an der dem letzteren gebührenden Stelle zu fordern [16].

---

[11] § 1165 mit 1164 B.G.B.; Haidlen S. 413; vgl hierzu oben § 212, 34.

[12] Dernburg, Pf.R. II. 475; s. dagegen Regelsberger, H.R. § 91, 2, der hervorhebt, daß dieß in der Regel der Absicht der Parteien nicht entspreche und daß für eine solche Stipulation die Bestimmungen der Hypothekengesetze über die Cession völlig ausreichen würden.

[13] Diese Ansicht vertritt für das Preußische Recht Prinz, Einfluß der Hypothekenverfassung 272; Dernburg, Pr. P.R. I. § 334, 8; für das Bayrische Recht Lehner, H.R. § 114.

[14] Vgl. Reithmayr in Bl. f. R.A. XXVI. 66.

[15] S. die Ausführung bei Regelsberger, H.R. § 91, 6 und Exner, H.R. § 65, 2.

[16] Dafür erklären sich für das Bayrische Recht Gönner, Commentar I. 502. II. 272; (Reithmayr) Bl. f. R.A. XXII. 260. XXVI. 65; Regelsberger, H.R. § 91, 9; Becher § 138. Vgl. hierzu auch Stobbe-Lehmann § 151, 33.

Die letztere Auffassung, für welche überwiegende Gründe sprechen[17], ist in der Bayrischen Praxis[18] angenommen.

II. Verfügung über die Post. Der Gläubiger kann über die Post durch Cession (unten § 216) und Verpfändung (unten § 218) verfügen. Er kann die Hypothekenforderung theilen; die Theilhypotheken haben Mangels abweichender Bestimmung unter sich gleichen Rang; zu einer Aenderung des Rangverhältnisses ist die Zustimmung des Eigenthümers nicht erforderlich[19].

III. Recht der Ablösung. Der Gläubiger hat das Recht der Ablösung eines vorstehenden Gläubigers[20].

Abschnitt 7.

Geltendmachung des Anspruchs[1].

§ 215.

1. Klage aus der Hypothek.

Für die Geltendmachung des Anspruchs aus der Hypothek ist sowohl gegen den persönlich haftenden als gegen den nicht persönlich haftenden Eigenthümer die dingliche Klage (actio hypothecaria) gegeben[2].

I. Rechtliche Natur der Hypothekenklage. Die

---

[17] S. die Ausführung bei Regelsberger, Bl. f. R.A. XXXVI. 210; LX. 177; Exner, H.R. § 65. II.

[18] Bl. XXII. 265; XXVI. 65, 81; XXXII. 218; XXXVI. 316, 317; XLVIII. 60; Sammlung I. 296. Ebenso in der preußischen Praxis; vgl. Roth, b. P.R. § 312 Nt. 15.

[19] § 1151 B.G.B. Ueber Herstellung von Theilhypothekenbriefen s. § 1152 B.G.B.

[20] Vgl. unten § 217 lit. A Ziff. III.

[1] Vgl. Regelsberger, H.R. § 78—86; Becher § 132; Best S. 61 ff.; Stobbe-Lehmann §§ 152, 159.

[2] H.G. § 49. „Der Gläubiger erlangt durch die Hypothek das dingliche Recht, die Befriedigung seiner Forderungen aus der dafür bestimmten Sache zu verlangen. Er kann unbeschadet seines Hypothekenrechts den Schuldner aus dem Rechtsgeschäfte, wofür die Hypothek erworben wurde, persönlich belangen; es steht ihm aber auch frei, entweder die persönliche Klage mit der aus der Hypothek entspringenden dinglichen Klage zu verbinden, oder gleich die dingliche Klage allein anzustellen."

Hypothekenklage des römischen Rechtes war eine Vindikationsklage[3] und ging auf Herausgabe des Pfandobjekts an den Gläubiger[4], der sich durch den Verkauf Befriedigung verschaffte[5]. Der Schuldner konnte die Klage durch Zahlung abwenden[6]. Dieß ist in den deutschen Hypothekenrechten jedenfalls insofern umgestaltet, als nach diesen der Verkauf nicht durch den Gläubiger, sondern immer gerichtlich vollzogen wird[7]. Darin allein wäre freilich noch keine Veranlassung gelegen, die Hypothekenklage des neueren Rechtes als eine von der actio hypothecaria des römischen Rechtes principiell verschiedene anzusehen[8]. Indessen wird neuerdings von Manchen angenommen, daß der Inhalt des Hypothekenanspruchs nach neuerem Hypothekenrechte nicht der im römischen Rechte begründete, sondern ein Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme sei, die dingliche Klage demnach nur auf Zahlung gerichtet werden könne[9]. Allein dieß ist die Stellung nur vereinzelter Hypothekenordnungen[10]; die überwiegende Mehrzahl und darunter auch das Bayrische Hypothekengesetz nimmt dagegen den Standpunkt des gemeinen Rechtes ein, wonach der Hypothekengläubiger durch die Hypothekbestellung das Recht erwirbt, seine Befriedigung durch Exekution in des Hypothekenobjekt mittelst Zwangsveräußerung oder Sequestration (Zwangsverwaltung) zu suchen[11]. Die Hypothekenklage dieser Hypothekenordnungen unterscheidet sich daher von der des römischen Rechtes nur darin, daß dem Gläubiger nicht ein Anspruch auf Besitzeinräumung zum Behufe des Verkaufs, sondern nur ein Anspruch darauf zukommt, daß das Gericht zur Exekution schreite und die Forderung prioritätsmäßig befriedige[12]. **Den gleichen Inhalt hat die hypothekarische Klage des B.G.B.**[13]

II. Gegenstand der Hypothekenklage ist die Be-

---

[3] Windscheid § 235, 1.

[4] Dernburg, Pf.R. II. 300.

[5] Windscheid § 237, 1.

[6] l. 16 § 3 D. 20. 1; Dernburg, Pf.R. II. 307.

[7] Es ist dieß in allen H.O. ausgesprochen, vgl. oben § 212, 5.

[8] Vgl oben § 212, 5; Roth, d. Pr.R. § 310 Nt. 5.

[9] Vgl. oben § 212, 9; Roth, d. Pr.R. § 310 Nt. 5.

[10] Vgl. Roth, d. P.R. § 313 Nt. 9.

[11] Vgl. oben § 212, 9. 11; Roth, d. P.R. § 313 Nt. 10.

[12] Exner, H.R. § 34, 16 folg.

[13] § 1147 B.G.B.. Vgl. oben § 212, 28.

friedigung des Gläubigers für seine Ansprüche an Kapital, Zinsen und Kosten in dem durch das Gesetz bestimmten Umfange[14]. Die Klage geht nach bayrischem Rechte und nach B.G.B. nicht auf Zahlung, sondern nur auf Befriedigung aus dem Hypothekenobjekte durch Zwangsverkauf[15]. Der Beklagte kann die Klage durch Zahlung der fälligen Beträge abwenden[16]. Der dritte Besitzer, welcher in solcher Weise Zahlung leistet, tritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers von selbst ein[17]. Auch kann sich der dritte Besitzer nach geltendem Rechte durch Abtretung des Hypothekenobjekts an den klagenden Gläubiger befreien[18].

III. Voraussetzung der Hypothekenklage. Berechtigt zur Klagestellung ist, wer materiell Gläubiger der Hypothek ist, unter dieser Voraussetzung also der im Hypothekenbuch als Gläubiger Eingetragene[19], auch der nachstehende Hypothekengläubiger[20]

---

[14] Vgl. oben § 209.

[15] Vgl. oben § 212, 9. 10. Das bayrische Recht gibt dem Gläubiger nur das Recht, seine Befriedigung aus dem Objekte durch Zwangsversteigerung zu suchen. Auch nach diesem Rechte wird der Klagantrag gewöhnlich auf Zahlung gerichtet und es ist dieß da, wo die persönliche mit der dinglichen Klage verbunden wird, ganz gerechtfertigt; aber man darf daraus nicht folgern, daß der Anspruch ein anderer geworden sei, vgl. oben § 212, 10.

[16] Es gilt dieß ebenso für den persönlich haftenden Eigenthümer, gegen den nur die dingliche Klage gestellt wird, wie für den nicht persönlich haftenden Eigenthümer. Das Hyp.Gesetz spricht dieß nur für den letzteren aus, vgl. § 54 H.G. oben § 212, 10. B.G.B. § 1142[1]: „Der Eigenthümer — mag er auch persönlicher Schuldner sein oder nur dinglicher — ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.“

[17] § 58 H.G. § 1143[1] B.G.B.: „Ist der Eigenthümer nicht persönlicher Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über.“ Der Uebergang kann aber nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden. Einwendungen des persönlichen Schuldners aus einem zwischen ihm und dem Zahler bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt: § 1143 Abs. 1 mit § 774 Abs. 1 B.G.B. — Ueber Aushändigung des Hypothekenbriefs an den Zahler s. §§ 1144, 1145 B.G.B.

[18] Vgl. oben § 212, 16. Nicht nach B.G.B.

[19] Regelsberger, H.R. § 79. I; Becher § 132 B, I. Vgl. § 891 Abs. 1 B.G.B.; Best S. 65.

[20] Es liegt darin die wesentlichste Abweichung von den Grundsätzen des

sowie der Rechtsnachfolger [21], bei der Briefhypothek des B.G.B. der im Grundbuch eingetragene oder statt dessen der durch eine zusammenhängende, bis auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlichen Abtretungserklärungen legitimirte Gläubiger [21a]. Die Klage kann gegen den im Hypothekenbuch als Eigenthümer Eingetragenen, auch wenn er nicht der wirkliche Eigenthümer ist, gestellt werden [22], sie ist aber zuläßig auch gegen den nicht eingetragenen Eigenthümer [23]. Die Klage setzt Bestand und Fälligkeit der Forderung voraus; der Bestand der Forderung ergibt sich aus der Eintragung im Hypothekenbuch [24]; die Hypothekenklage kann weder auf Grund einer Vormerkung [25], noch

römischen Rechtes, nach welchem der Nachhypothekar nur unter Voraussetzung der Ablösung des Vorhypothekars die Hypothekenklage stellen konnte Roth, H. S. 103.

[21] Auch wenn er im Hypotheken- oder Grundbuche nicht eingetragen ist, sofern nicht die Succession erst durch die Eintragung begründet wird. Regelsberger, H.R. § 87 Nr. 4; Best S. 65.

[21a] § 1155 mit § 891 Abs. 1 B.G.B. Es wird vermuthet, daß diesem das Hypothekenrecht zusteht.

[22] Bl. XI. 381; XVI. 407, 413; Samml. XIV. 722. Bl. XXXI. 90; XXXIV. 395. Das bereits eingeleitete Klageverfahren erleidet keine Unterbrechung, auch nachdem der ursprüngliche Beklagte aufgehört hat, Eigenthümer zu sein H.R. § 24 Nr. 3. B.G.B. § 1148 (R.T.B. § 1131; II. E. § 1055): „Bei der Verfolgung des Rechtes aus der Hypothek gilt zu Gunsten des Gläubigers derjenige, welcher im Grundbuch als Eigenthümer eingetragen ist, als der Eigenthümer. Das Recht des nicht eingetragenen Eigenthümers, die ihm gegen die Hypothek zustehenden Einwendungen geltend zu machen (§ 690 R.C.P.O.) bleibt unberührt." Best S. 65, 66. Vgl. auch § 1141 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. mit einem ähnlichen Satze für die Kündigung der Hypothek.

[23] Regelsberger, H.R. § 79, 4; Becher § 132 B, I; Samml. I. 433, 444. XI. 129; Bl. XLV. 169; Bl. XLVIII. 278. arg. § 1148 Abs. 1 B.G.B. (s. Nt. 21). A. M. die Citate in Nt. 22 insofern, als hier die Klage nur gegen den Bucheigenthümer und Bl. XXXIV. 398 insofern, als hier nur die Klage gegen den faktischen Besitzer zugelassen wird. Vgl. hierher auch noch Samml. I. 447 und VII. 267. — Nach Best S. 65 ist die Klage zuläßig gegen jeden, der durch sein Verhalten die Verwirklichung der Hypothek hindert.

[24] Regelsberger, H.R. § 79, 1.

[25] Auf Grund einer bloßen Vormerkung kann nach Bayrischem Rechte die dingliche Hypothekenklage nicht gestellt werden Gönner, Commentar I. 327 und 417; Lehner, H.R. § 79 Nr. 2 und § 91 Nr. 2; Bl. XXXI. 397. A. M. Regels-

auf Grund einer gelöschten Hypothek gestellt werden, auch wenn die Rechtsgiltigkeit der Löschung mit Erfolg angefochten wird [26]. Für die Fälligkeit der Forderung ist, wenn sie sich nicht aus dem Rechtsverhältnisse selbst ergibt [27], die Kündigung [28] entscheidend, welche der Kläger zu beweisen hat. Die Kündigung ist nur wirksam, wenn sie entweder an denjenigen, der zur Zeit der Kündigung Verpflichteter des Hypothekenanspruchs ist, oder an den Bucheigenthümer gerichtet wird, falls sich der Gläubiger in Ansehung dieses auf die Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs berufen kann [29], **nach B.G.B. in Ansehung der Hypothek auch nur dann, wenn sie von dem Gläubiger dem Eigenthümer oder von dem Eigenthümer dem Gläubiger erklärt wird und ersterenfalls bei einer Briefhypothek entweder die zur Legitimation erforderlichen Urkunden [30] vorgelegt werden oder trotz der Unterlassung der Vorlage der Eigenthümer die Kündigung nicht unverzüglich zurückweist [31];**

---

berger, H.R. § 79, 1, Becher § 132 B II., die annehmen, daß der vorgemerkten Hypothek die Wirkung der eingetragenen Hypothek von dem Augenblick an zustehe, in welchem die Hindernisse der Eintragung beseitigt sind. Dem ist entgegenzuhalten, daß Bayern H.G. § 30 der Vormerkung die rechtlichen Wirkungen der eingetragenen Hypothek ausdrücklich abspricht. Für das Preußische Recht schließt sich der Ansicht von Regelsberger an Dernburg, Pr. P.R. I. § 342, 8. Nach B.G.B. ist die Ansicht im Texte richtig; durch die Vormerkung, wenngleich sie dingliche Wirkung äußert, ist doch nur ein persönlicher Anspruch auf Einräumung einer Hypothek gesichert: § 883 B.G.B.

[26] Bl. XIII. 218. A. M. Regelsberger § 79 Ziff. 1; Becher § 132 B, I. Auch das B.G.B. steht wohl auf dem Standpunkte der Letzteren. Die Löschung im Grundbuch allein bringt das Recht materiell nicht zum Erlöschen; vgl. § 875 Abs. 1, § 1183 B.G.B.; auch § 901: „Ist ein Recht an einem fremden Grundstück im Grundbuch mit Unrecht gelöscht, so erlischt es, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigenthümer verjährt ist."

[27] Exner, H.R. § 35, 30.

[28] Ueber die Kündigung vgl. Regelsberger, H.R. § 79, 10; Becher § 132 B III. M. I. Bd. III. S. 687—689.

[29] Regelsberger § 79 Ziff. III. A Abs. 3, 4; Becher § 132, 27, 28.

[30] § 1160 Abs. 2 B.G.B. Diese Vorschrift gilt auch für die Giltigkeit einer Mahnung sowie für die Geltendmachung der Forderung, wenn der Eigenthümer zugleich persönlicher Schuldner ist (§ 1160 Abs. 2, § 1161), jedoch nicht für Rückstände an Zinsen und anderen Nebenleistungen (§ 1160 [III]).

[31] Vgl. § 1155 B.G.B.

dabei gilt jedoch zu Gunsten des Gläubigers ohne Weiteres derjenige, welcher im Grundbuch als Eigenthümer eingetragen ist, als der Eigenthümer [32]. Wird die Hypothekforderung übertragen, so muß der neue Gläubiger eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung des Eigenthümers gegen sich gelten lassen, außer wenn die Uebertragung schon zur Zeit der Kündigung dem Eigenthümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war [33]. Der Fälligkeit durch Aufkündigung oder Zeitablauf steht gleich die Ablösung eines fruchtbringenden Realrechts [34], die Zertrümmerung eines Gutscomplexes durch einseitige Verfügung des Eigenthümers [35], die Werthsminderung des Hypothekenobjekts durch Vernachlässigung oder Detarioration seitens des Schuldners [36]; **nach B.G.B. jede die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks [37].**

IV. Einreden. Durch die Eintragung einer Forderung in das Hypothekenbuch verliert der Schuldner nicht die Einreden gegen die Richtigkeit und Wirksamkeit der Forderung [39]. Modifikationen treten ein theils in Folge der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs, theils in Folge positiver Vorschriften des Hypothekengesetzes.

1. Einwirkung der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs. Gegen den ursprünglichen Hypothekengläubiger können von dem Hypothekenschuldner, auch wenn er nicht persönlich haftet [40], alle Einreden aus

[32] § 1141 Abs. 1 B.G.B. Best S. 64, Haidlen S. 392. § 1141 Abs. 2 enthält Bestimmungen für den Fall, daß der Eigenthümer keinen Wohnsitz im Inlande hat oder daß der Kündigende über die Person des Adressaten in Unkenntniß oder dieser seinem Aufenthalte nach unbekannt ist; hier hat auf Antrag das Amtsgericht der belegenen Sache einen Vertreter zum Empfange der Kündigung zu bestellen.

[33] § 1156 B.G.B.; R.T.B. § 1139; II. E. § 1063; I. E. § 1089.

[34] § 38 H.G. Art. 113 E.G. z. B.G.B.

[35] § 39 H.G.

[36] § 45 H.G. Vgl. oben § 208 Ziff. III.; § 213.

[37] §§ 1133, 1135 B.G.B. Vgl. oben § 208, 44.

[38] Regelsberger, H.R. § 82; Becher § 132 E; Best S. 77—86; Krech S. 126—133.

[39] H.G. § 46. B.G.B. §§ 1137, 1157; Haidlen S. 379.

[40] Regelsberger, H.R. § 82. I. 1. B. G. B. § 1137 Abs. 1 Satz 1: „Der Eigenthümer kann gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung, sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen

der Forderung oder eines zwischen ihm und dem Eigenthümer bestehenden anderen Rechtsverhältnisses geltend gemacht werden, sofern sie nicht durch Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen sind[41]; der gutgläubige ursprüngliche Hypothekengläubiger wird durch den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuchs nur geschützt hinsichtlich des Bestandes des Hypothekenobjekts, wie er sich aus der Eintragung ergibt[42], und der Verfügungsberechtigung des eingetragenen Eigenthümers[43], soweit diese nicht auf persönlicher Dispositionsunfähigkeit beruht[44]. Dem Sonderrechtsnachfolger, der eine Hypothek in gutem Glauben erworben hat, können Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß auf Grund eines zwischen dem Eigenthümer und dem bisherigen Gläubiger bestehenden anderen Rechtsverhältnisses nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm bei der Erwerbung der Hypothek bekannt waren oder wenn sie aus dem Hypotheken(Grund)buch **oder nach B.G.B. aus dem Hypothekenbriefe** sich ergeben[45].

Best S. 78, 79. Abs. 2: „Ist der Eigenthümer nicht der persönliche Schuldner, so verliert er eine Einrede nicht dadurch, daß dieser auf sie verzichtet." Das hinsichtlich seiner Entstehung vom persönlichen Schuldner abgeleitete Einrederecht wird also in der Person des Eigenthümers selbständig hinsichtlich Fortbestand und Ausübung; vgl. auch Best S. 80. Nach § 770 B.G.B. kann der Eigenthümer die Befriedigung insolange verweigern, als dem persönlichen Schuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, oder der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann; Best S. 79. B.G.B. § 1157: „Eine Einrede, die dem Eigenthümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zusteht, kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden." Best S. 77.

[41] H.G. § 46. Vgl. z. B. § 1137 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.: „Stirbt der persönliche Schuldner, so kann sich der Eigenthümer nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Schuld nur beschränkt haftet." D. S. 219; Best S. 79.

[42] Vgl. oben § 198, 31.

[43] Vgl. oben § 198, 37 ff., § 201, 8.

[44] Vgl. oben § 201, 7; Regelsberger, H.R. § 17. 24.

[45] Vgl. oben § 198, 44 ff., §§ 1138, 1157, 1140 B.G.B. besonders auch M. I. Bd. III. S. 696—704. Ausnahmen bezüglich der

2. Unzuläßige Einreden sind:

a. die Einrede der Vorausklage[46];

b. die Einrede des nicht gezahlten Geldes. Gemeinrechtlich ist gegen eine Quittung die exceptio non numeratae pecuniae gegeben in der Art, daß das Bekenntniß über den Empfang des Darlehens erst in zwei Jahren beweiskräftig wird, insofern der Schuldner in der Zwischenzeit nicht seinen Widerspruch gegen die Beweiskraft zur Geltung gebracht hat[47]. Diese Bestimmungen sind durch Einf.Ges. zur C.Pr.O. § 17 im Allgemeinen beseitigt und es sind nur die Vorschriften der Hypothekenordnungen für Behandlung dieser Einrede aufrecht erhalten[48]. Nach Bayrischem Rechte kann der Schuldner, wenn die Forderung in einem Geldanlehen besteht und vom Tage der definitiven Eintragung der Hypothek an gerechnet dreißig Tage noch nicht verstrichen sind oder der Schuldner innerhalb dieser dreißig Tage den Einwand, daß das Geld ihm nicht ausbezahlt worden sei, durch eine Protestation im Hypothekenbuche vormerken läßt, auch dem dritten Inhaber der Forderung, der sie entweder vor Ablauf jener dreißig Tage oder nach eingetragener Protestation an sich brachte, diesen Einwand entgegensetzen[49]. **Auch das B.G.B.**

Nebenleistungen: §§ 1158, 1159 B.G.B. Die Eintragung einer Einrede erfolgt durch Vormerkung oder Widerspruch: §§ 883, 899 B.G.B.; Best S. 80—84.

[46] § 57 Hyp.Ges.; Regelsberger § 82 Ziff. II. 3; Becher § 132, 33, 34, 65. Das B.G.B. kennt diese Einrede auch nicht Best S. 79, 80; jedoch s. auch § 1137 mit § 770 B.G.B. zu Nt. 40.

[47] Windscheid § 372.

[48] Die Einrede war vielfältig schon länger durch die Landesgesetzgebung zum Theil ohne Vorbehalt für Hypothekbestellungen, zum Theil mit solchem Vorbehalte beseitigt s. Stobbe, P.R. § 190, 10. Für die letzteren Rechte ist demnach die Zuläßigkeit der Einrede nach den Bestimmungen der Hypothekenordnungen bei Bestand geblieben.

[49] Nach H.G. § 47 kann der Schuldner einer Hypothek, die in einem Geldanlehen besteht, solange seit der Eintragung 30 Tage nicht verstrichen sind oder wenn er innerhalb 30 Tagen nach der Eintragung die Einrede des nicht empfangenen Geldes durch eine Protestation im Hypothekenbuche hat vormerken lassen, diese Einrede entgegensetzen und zwar auch dem dritten Erwerber, der die Forderung vor Ablauf jener 30 Tage oder nach eingetragener Protestation an sich brachte. Diese Bestimmung war durch Ges. 29/3 1859, welches die Geltung der Einrede im Uebrigen aufhob, dahin geändert, daß, wenn die Einrede vor Ablauf von 30 Tagen seit Eintragung der Hypothek geltend gemacht oder innerhalb derselben Frist durch Protestation im Hypothekenbuche sicher gestellt war, das im Hypothekenprotokoll oder im Hy-

enthält für die Buchhypothek[50] eine ähnliche Vorschrift. Zur Eintragung eines Widerspruchs, der sich darauf gründet, daß die Hingabe des Darlehens unterblieben sei, genügt der von dem Eigenthümer an das Grundbuchamt gerichtete Antrag, sofern er vor Ablauf eines Monats nach der Eintragung der Hypothek gestellt wird. Wird der Widerspruch innerhalb des Monats eingetragen, so hat die Eintragung die gleiche Wirkung, wie wenn der Widerspruch zugleich mit der Hypothek eingetragen worden wäre[51].

c. Bei Gesammthypotheken ist die Einrede der Theilung ausgeschlossen[52].

d. Die Einrede der Verjährung ist insolange unzuläßig, als gegen die definitiv oder vermerkungsweise eingetragene Hypothek weder ein definitiver noch ein vormerkungsweiser Löschungsvermerk eingeschrieben ist[53].

e. Gegen eine an sich richtige Forderung, die im Hypothekenbuch eingetragen ist, kann nach geltendem Rechte die Einrede des Mangels des richtigen Titels überhaupt nicht vorgebracht werden[54].

f. Gegen Inhaberhypothekforderungen sind aus der rechtlichen Natur der Schuldverschreibungen auf den Inhaber alle Einwendungen ausgeschlossen, welche weder die Gültigkeit der Ausstellung betreffen, noch dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen; auch

---

pothekenbrief oder im Hypothekenbuche niedergelegte Empfangsbekenntniß für die bestrittene Auszahlung der Darlehenssumme nicht beweisend war; vgl. Regelsberger, H.R. § 83. II. 5. Durch A.G. zur C.Pr.O. 23/2 1879 § 123 ist die Bestimmung des Hypothekengesetzes wieder hergestellt.

[50] Bei der Briefhypothek kann sich der Eigenthümer durch Zurückbehaltung des Hypothekenbriefs schützen. Vgl. dazu § 1117, 1163 Abs. 2 B.G.B.

[51] § 1132 B.G.B.; R.T.B. § 1122; II. E. § 1047; I. E. § 1085, 1111; M. I. Bd. III. S. 703 ff., 747; D. S. 220; Best S. 85, 86.

[52] Regelsberger, H.R. § 79. III. c. § 1132 B.G.B.; vgl. unten § 223, 27.

[53] Vgl. §§ 31, 32 H.G.; Regelsberger § 82. II. 2. § 902 B.G.B.: „Die Ansprüche aus eingetragenen Rechten unterliegen nicht der Verjährung. Dieß gilt nicht für Ansprüche, die auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind." Best S. 80.

[54] Bayern H.G. § 16; Regelsberger, H.R. § 49. Der Mangel oder die Ungiltigkeit des dinglichen Vertrags kann nach B.G.B. trotz Befolgung des Consensprincips gegen die Hypothek geltend gemacht werden.

ist einem späteren Inhaber gegenüber die Einrede des nichtgezahlten Geldes unzuläßig [55].

3. Nach B.G.B.[56] kann der Geltendmachung einer Briefhypothek sowie ihrer Forderung, falls der Eigenthümer zugleich der persönliche Schuldner ist, widersprochen werden, wenn der Gläubiger nicht den Brief und, falls er nicht im Grundbuch eingetragen ist, auch die zu seiner Legitimation erforderlichen Urkunden[57] vorlegt. Ist der Hypothekenbrief abhanden gekommen oder vernichtet, so genügt die Vorlage des im Aufgebotsverfahren erlassenen Ausschlußurtheils[58].

V. Exekution[59]. Die Exekution erfolgt entweder durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung[60]. Das Verfahren richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen über die Exekution in das Immobiliarvermögen[61]. Für das Verfahren bei der Zwangsversteigerung und ihre Wirkung hat Bayern sowie das **B.G.B.** das sog. Deckungsprincip und das Uebernahmesystem angenommen. Es darf nämlich der Zuschlag nur dann erfolgen, wenn durch das Meistgebot die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Pfandforderungen (Rechte) gedeckt werden[62]. Die vorgehenden Pfandrechte (Rechte) werden regelmäßig durch die Subhastation nicht berührt, sondern gehen auf den Ersteher in Anrechnung auf den Strichschilling über; nur der Rest des hiernach noch nicht aus-

---

[55] Becher, Nachtr. 203. B.G.B. § 796; Art. 82 Wechs.Ordn.; Hand.-Ges.B. Art. 301 ff.; Hand.Ges.B. vom 10. Mai 1897 § 363 ff.

[56] § 1160 Abs. 1, § 1161 B.G.B.; R.T.B. §§ 1143, 1144; II. E. §§ 1065, 1066; I. E. §§ 1117—1120; Best S. 86—89. — Für rückständige Zinsen und andere Nebenleistungen gelten diese Vorschriften nicht: § 1160 Abs. 3 B.G.B.

[57] Vgl. § 1155 B.G.B.

[58] § 1162 B.G.B. (R.T.B. § 1145; II. E. § 1067; I. E. § 1123); § 23 ff. R.C.P.O mit §§ 837—850b (Anl. z. D. S.). § 67, 68 R.Gr.B.O. über Ertheilung eines neuen Briefes.

[59] Vgl. Regelsberger, H.R. § 83—85a und insbesondere die systematische Darstellung bei Becher § 132 F; §§ 244 ff. — § 1147 B. G. B.

[60] Vgl. oben § 212.

[61] Subhastationsordnung 23/2 1879 mit Nov. v. 29. Mai 1886. Reichsges. über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897. Die Zwangs- und die Arresthypothek wird künftig in der R. C. P. O. geregelt sein.

[62] Art. 1. Nov. v. 29. Mai 1886; § 44 R.Subh.Ordn.

gewiesenen Strichschillings ist baar zu bezahlen[63]. Die Hypothekenforderungen genießen in der Subhastation ein Vorrecht in zweiter Reihe; auch die Nebenansprüche sind größtentheils vorzugsberechtigt[64].

2. Die Grundschuldklage des B.G.B.

Wie schon nach Preußischem Rechte[65] und den daraus abgeleiteten Landesrechten ist auch nach B.G.B. zur Geltendmachung der Grundschuld dieselbe Klage gegeben, wie zur Geltendmachung der Hypothek, die hypothekarische Klage[66]. Für die Klage aus der Grundschuld sind daher die für die Klage aus der Hypothek geltenden Grundsätze maßgebend, jedoch mit folgenden Besonderheiten:

1. Vorschriften, welche dadurch bedingt sind, daß der Hypothek ein Forderungsrecht zu Grunde liegt, finden auf die Grundschulden keine Anwendung[67].

2. Legitimirt zur Klageerhebung ist jeder Inhaber des Grundschuldbriefs dann, wenn dieser auf den Inhaber ausgestellt ist[68].

3. Gegen die Klage aus einer Grundschuld sind der Ziff. 1 zufolge solche Einreden unzuläßig, welche aus einem etwa zu Grunde liegenden Forderungsrecht abgeleitet werden[69], gegen die Klage aus einer für den Inhaber des Grundschuldbriefs bestellten Grundschuld nur solche Einreden zuläßig, welche die Giltigkeit der Ausstellung des Grundschuldbriefs betreffen oder aus dem Grundschuldbriefe sich ergeben oder dem Beklagten unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen[70].

4. Mangels abweichender Bestimmung wird das Kapital der Grundschuld stets erst nach vorgängiger Kündigung fällig; die

---

[63] Art. 7 Nov. v. 29. Mai 1886; §§ 52, 53, 91 R.Subh.Ordn.

[64] § 108 Subh.Ordn.; § 10 Abs. 1 Ziff. 4, Abs. 2 R.Subh.Ordn.

[65] Pr. E.E.G. § 37; Roth, D. Pr.R. § 314, 1.

[66] § 1192 Abs. 1 mit 1147 B.G.B.

[67] § 1192 Abs. 1 B.G.B. Dahin gehören die §§ 1137—1139 (Einreden gegen die Hypothek aus dem Forderungsverhältnisse vgl. oben Nt. 45), 1143 (soweit der Uebergang der Forderung auf den Eigenthümer in Frage kommt vgl. unten § 217, 69), 1161 (vgl. oben Nt. 57).

[68] § 1195, 793 Abs. 1 B.G.B. Vorausgesetzt ist, daß der Inhaber zur Verfügung über die Urkunde berechtigt ist.

[69] § 1192 Abs. 1 mit §§ 1137—1139 B.G.B.

[70] §§ 1195, 796 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 788, 789.

Kündigung steht sowohl dem Eigenthümer als dem Gläubiger zu[71]; die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate[72].

5. Auf die einzelnen Leistungen einer Rentenschuld finden die für die Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[73]. Die Zahlung der Ablösungssumme kann der Gläubiger nur unter denjenigen Voraussetzungen verlangen, unter denen der Hypothekengläubiger bei Verschlechterung des Grundstücks sofortige Befriedigung verlangen kann; die für das Grundschuldkapital geltenden Vorschriften finden dann entsprechende Anwendung[74].

Abschnitt 5.

Uebergang der Hypotheken und Grundschulden.

Abtheilung 1.

Uebergang der Hypotheken.

§ 216.

I. Die Cession[1].

Das hypothekarische Recht geht wie andere Rechte mit der Forderung im Wege der Erbfolge auf die Erben über[2]. Unter Lebenden wird das hypothekarische Recht durch Vertrag (Cession), durch Gesetz (hypothekarische Succession § 316) oder durch richterliche Zuweisung[3] übertragen. Für die Uebertragung des hypothekarischen Rechtes durch Cession gelten folgende Grundsätze:

---

[71] Natürlich gilt auch hier zu Gunsten des Gläubigers derjenige, der im Grundbuch als Eigenthümer eingetragen ist, als Eigenthümer: § 1141 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 B.G.B.; vgl. oben Nt. 32.

[72] § 1193 B.G.B. Vgl. jedoch Art. 117 E.G. z. B.G.B., wonach landesgesetzliche Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit einer unkündbaren Grundschuld untersagen oder die Ausschließung des Kündigungsrechts des Eigenthümers bei Grundschulden zeitlich beschränken und bei Rentenschulden nur für eine kürzere als die im § 1202 Abs. 2 B.G.B. bestimmte Zeit zulassen, unberührt bleiben.

[73] § 1200 Abs. 1 B.G.B.; R.T.B. § 1183; II. E. § 1109.

[74] § 1200 Abs. 1 B.G.B.

[1] Regelsberger, H.R. § 87. 88; Becher § 134; M. I. Bd. III. S. 704—714; Haidlen S. 399—404; Best S. 89—102; Bunsen §§ 52, 53; besonders Hachenbuch S. 84—120; Stobbe-Lehmann §§ 151, 158.

[2] Exner, H.R. § 48, 1.

I. Der Gläubiger hat die Befugniß, die durch Hypothek versicherte Forderung zu cediren [4]. Vorausgesetzt wird, daß die Forderung überhaupt cedirt werden kann [5] und daß der Verfügung des Gläubigers kein Hinderniß im Wege steht, entweder indem durch Eintragung einer Dispositionsbeschränkung dem Gläubiger die Verfügung über die Forderung entzogen ist [6] oder auf Grund eines vertragsmäßigen Cessionsverbots, das in das Hypothekenbuch eingetragen oder durch Protestation sichergestellt ist [7]. Die Verpfändung der Hypothekforderung steht der Cession nicht entgegen, da das Pfandrecht auch gegen den Cessionar wirkt [8].

II. Die Hypothek kann nur in Verbindung mit der Forderung übertragen werden [9]; Uebertragung der Hypothek ohne die Forderung ist nichtig [10]. Wird die Forderung ohne die Hypothek abgetreten, so erlischt die letztere [11]. In der rechtsgiltigen Cession der Forderung ist die Uebertragung der Hypothek von selbst gegeben [12]. **Nach B.G.B. kann auch die Forderung nicht ohne die**

---

[3] Vgl. über diese Regelsberger, H.R. § 87, 11; Becher § 137; §§ 730, 731, 736, 737, 737a R.C.P.O. (Drucks. d. Reichstags, 9. Leg.-Per. V. Sess. 1897/98 Anl. zu Nr. 61) bei Buchhypotheken ist Eintragung der Pfändung in das Grundbuch erforderlich, bei Briefhypotheken außer dem Pfändungsbeschlusse die Uebergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger. M. I. Bd. III. S. 709, 710.

[4] H.G. § 53; § 398 B.G.B.

[5] Es entscheiden hierüber die allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze vgl. Windscheid § 335. Sicherheitshypotheken sind nur soweit der Abtretung fähig, als das Grundverhältniß abgetreten werden kann Regelsberger, H.R. § 89, 7; Samml. IX. 133; XI. 349; Bl. XLVI. 329. — B.G.B. §§ 399, 400.

[6] Vgl. oben § 214, 1.

[7] Regelsberger, H.R. § 65, 7; § 399, 892 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.; also Ausnahme vom § 137 B.G.B.

[8] Sammlung I. 2; VI. 799.

[9] H.G. § 87, 3; Samml. I. 5; Bl. XXVI. 66. § 1153 Abs. 2 B.G.B. In den Fällen des § 1163 Abs. 1 Satz 2, der §§ 1164, 1174, 1177 handelt es sich nicht um Cessionen und können diese Fälle daher auch nicht als Ausnahmen betrachtet werden. Nur § 1180 kann beschränkt als Ausnahme aufgefaßt werden.

[10] Regelsberger, H.R. § 87, 5; § 134 B.G.B.

[11] Regelsberger, H.R. § 87, 3; Samml. I. 5; V. 715; VII. 719; Bl. XL. 167.

[12] H.G. § 53 Regelsberger § 87, 2.

Hypothek abgetreten werden; mit der Uebertragung der Forderung geht vielmehr auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger über; die Abtretung der Forderung ohne die Hypothek ist nichtig[13]; nur für die Sicherheitshypothek besteht eine Ausnahme[14].

III. Für das Verfahren bei der Cession sind im Allgemeinen die Bestimmungen des Civilrechts maßgebend[15]. Indessen sind in Folge der hypothekenrechtlichen Einrichtungen gewisse Modifikationen gegeben.

Die Giltigkeit der Cession ist von der Eintragung nicht abhängig; sie ist jedoch erforderlich, um den Cessionar gegen die Folgen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs zu schützen[16]. Die Abtretung einer Hypothekforderung setzt notarielle Verbriefung der Abtretungserklärung voraus[17]. Die Cession ist mit Abschluß des Vertrags perfekt; ihre Wirksamkeit richtet sich nach civilrechtlichen Grundsätzen[18]. Eintragung der Cession ist zu deren Giltigkeit nicht erforderlich[19]; der Cessionar kann sie jedoch auf

---

[13] §§ 1153 (R.T.V. § 1136; II. E. § 1060; I. E. § 1086) 401 Abs. 1 § 134, B.G.B. M. I. Bd. III. S. 706—709; Hachenbuch S. 85—93.

[14] § 1190 Abs. 3 B.G.B.; vgl. oben § 204, 19.

[15] Regelsberger, H.R. § 87 nach Note 1. B. G. B. §§ 398 ff.

[16] Der nicht eingetragene Cessionar ist namentlich gegen eine anderweitige Cession nicht geschützt, da der eingetragene Gläubiger zur Verfügung über das Hypothekenrecht legitimirt ist, der nichteingetragene Cessionar daher eine in das Hypothekenbuch eingetragene zweite Cession anerkennen muß Regelsberger, H.R. § 87, 18.

[17] Früher war es bestritten, ob die Cession von Hypothekenforderungen dem Notariatszwang unterliege s. darüber Regelsberger, H.R. § 87, 12; durch Ges. 29/4 1869 § 60 ist die bejahende Meinung anerkannt vgl. Regelsberger, H.R. § 87, 14. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf die Erklärung des Cedenten; die auch nach Bayrischem Rechte erforderliche Annahme des Cessionars bedarf der Verbriefung nicht und kann auch stillschweigend erfolgen Regelsberger, H.R. § 87 Nr. 2.

[18] Namentlich ist Benachrichtigung des Schuldners erforderlich. Gegen den Schuldner, der in entschuldbarer Unkenntniß von der Cession an den Cedenten bezahlt hat, steht dem Cessionar ein Anspruch nicht zu Regelsberger, H.R. § 88, 3.

[19] Regelsberger, H.R. § 87 Nr. 4; Becher § 134, I. 9; die entgegengesetzte Angabe in der ersten Auflage entbehrt der Begründung (s. Roth, D. P.R. § 315 Nt. 24).

Grund der Cessionsurkunde beantragen [20]. Der Uebergang der Forderung wird nach erfolgter Eintragung auf dem Hypothekenbriefe bemerkt und dem Schuldner amtlich notificirt [21]. Die Eintragung hat den Zweck, den Cessionar gegen die Folgen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs zu schützen [22], und hat die Wirkung, daß dem Schuldner gegenüber der Cessionar ganz an die Stelle des Cedenten tritt [32]. **Nach B.G.B. ist zur Abtretung einer Buchhypothek formloser dinglicher Vertrag und Eintragung der Abtretung in das Grundbuch erforderlich [24]. Zur Abtretung einer Briefhypothek [25] genügt die Ertheilung der Abtretungserklärung in schriftlicher, auf Verlangen des neuen Gläubigers öffentlich zu beglaubigender Form oder Eintragung der Abtretung in das Grundbuch und die Uebergabe des Hypothekenbriefs; ergiebt sich dann das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefs aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften des hypothekenrechtlichen Oeffentlichkeitsprinzips [27] in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre; ein gerichtlicher Ueberweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung stehen dabei der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleich [28]. Erst mit der**

---

[20] H.G. § 167; Regelsberger, H.R. § 87, 19.

[21] H.G. § 167 und 157.

[22] H.G. § 26, 6. Der Cessionar muß die nachtheiligen Folgen wider sich gelten lassen, welche aus unterlassener Eintragung der Cession entstehen. Ist die Cession nicht eingetragen, so kann der Cedent durch anderweitige Cession und Eintragung dieser im Hypothekenbuche das Recht auf einen anderen Cessionar übertragen Regelsberger, H.R. § 87, 18.

[23] Regelsberger, H.R. § 88, 1. Der Schuldner kann von der Eintragung der Cession an nicht mehr giltig an den Cedenten zahlen H.G. § 157. Roth, D. Pr.R. § 308 Nt. 28. A. M. Becher § 134, I. 9; Samml. VIII. 1031.

[24] § 1154 Abs. 3 mit § 873, 398 Satz 2 B.G.B. § 878 B.G.B. findet auch Anwendung. Vgl. oben § 128 Ziff. 3. Best S. 92; Hachenbuch S. 105—116.

[25] M. I. Bd. III. S. 748—757; Best S. 92—95; Hachenbuch S. 105—116.

[26] Vgl. dazu § 126 B.G.B.

[27] §§ 891—899 B.G.B.

[28] §§ 1154, 1155 B.G.B. R.T.B. §§ 1137, 1138; II. E. §§ 1061, 1062;

Uebergabe des Hypothekenbriefs durch den bisherigen Gläubiger erwirbt der neue Gläubiger die Hypothekforderung[29]. Für die Uebergangszeit ist bestimmt, daß vom 1. Januar 1900 an bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, die Uebertragung der Hypothek nach dem bisherigen Rechte erfolgt[30].

IV. Die Abtretung kann sich auf die ganze Forderung erstrecken, oder auf einen Theil beschränken[31], wobei, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil bestimmt ist, die durch die Theilcession entstandenen Hypothekforderungen sich im Range gleich stehen[32] (Theilhypotheken). Für jeden Theil einer Briefhypothek kann nach **B.G.B.** ein Theilhypothekenbrief hergestellt werden, ohne daß hierzu die Zustimmung des Eigenthümers des Grundstücks erforderlich wäre. Der Theilhypothekenbrief tritt für den Theil, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes[33].

V. Die Abtretung kann an den Inhaber geschehen; zur Abtretung ist dem Hypothekenamte gegenüber nur der Besitzer des Inhaberpapiers legitimirt[34]. Auch Cession der Hypothek an den

I. E. §§ 1087, 1114; Best S. 96—98. § 26 R.G.B.O.: „es genügt dem Grundbuchamte gegenüber die Vorlage der Abtretungserklärung an Stelle der Eintragungsbewilligung"; der Brief oder das Ausschlußurtheil muß stets vorgelegt werden: § 42 R.G.B.O. — Vgl. auch oben § 215, 21. a.

[29] § 1154 Abs. 1 mit § 1117 B.G.B. Auf die Uebergabe finden die gleichen Vorschriften Anwendung, die für die Uebergabe des Hypothekenbriefs bei Errichtung der Briefhypothek maßgebend sind; vgl. oben § 207a, 10, 11.

[30] Art. 189 Abs. 1 mit Art. 186 E.G. z. B.G.B.

[31] H.G. § 154.

[32] H.G. § 154; Regelsberger, H.R. § 88 nach Note 8. Zur Aenderung des Rangverhältnisses der Theilhypotheken untereinander ist aber nach B.G.B. die Zustimmung des Eigenthümers nicht erforderlich: § 1151 B.G.B.; abweichend von §§ 878, 879 B.G.B. — Zu unterscheiden von den Theilhypotheken ist der Fall, daß eine Hypothekforderung ganz an mehrere Gläubiger zusammen abgetreten wird und diesen zusammen das Hypothekenrecht zustehen soll (§ 420 B.G.B. steht in Ansehung der Hypothek nicht entgegen). Stobbe-Lehmann § 158 spricht hier von Mithypotheken und hebt auch die wenigen praktischen Unterschiede gegenüber der Theilhypothek hervor.

[33] § 1152 B.G.B. R.T.B. § 1135; II. E. § 1059; I. E. § 1122. Vgl. dazu die Ordnungsvorschriften in § 61 R.Gr.B.O. Best S. 94, 95.

[34] Art. 20, 26 Abs. 2 des Ges. vom 18. März 1896. Dazu s. Bl. XIII. 321. Für Bayern, dessen Hypothekengesetz eine direkte dahin gehende Bestimmung nicht enthält, nahm die Zuläßigkeit schon früher an Regelsberger, H.R. § 88 Nr. 5. Früher war dieß gewöhnlich bei der Emission von Par-

Eigenthümer ist zuläßig[35]. Dem B.G.B. ist die Blankocession unbekannt[36].

VI. Wirkung. Durch die Cession geht die Hypothek auf den Cessionar in der Art über, daß dieser an die Stelle des Cedenten tritt und letzterer aufhört, Gläubiger zu sein[37]. Der Cessionar erwirbt die Hypothekforderung als Gläubiger und kann die Rechte daraus ausschließlich geltend machen. Der Cessionar, welcher entgeltlich, nach B.G.B. auch der Cessionar, welcher unentgeltlich die Hypothekforderung erwirbt[38], kann sich in Ansehung der Hypothek und zu deren Stütze auch in Ansehung der Forderung[39] auf den öffentlichen Glauben des Hypotheken(Grund)buchs berufen. Der Schuldner der persönlichen Forderung sowie der Eigenthümer des belasteten Grundstücks kann dem neuen Gläubiger zwar alle Einwendungen, die zur Zeit der Abtretung der Hypothekforderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren[40], der Eigenthümer auch Einreden, die ihm auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses zustehen[41], entgegensetzen, aber doch immer nur dann, wenn sie zur Zeit der Abtretung entweder aus dem Grundbuch oder Hypothekenbrief ersichtlich oder dem neuen Gläubiger bekannt waren. Nach geltendem Rechte ist es bestritten, ob der Cessionar Verfügungen des Schuldners gegen sich gelten lassen muß, die erst nach dem Cessionsakt, aber noch vor der Benachrichtigung von der Cession vorgenommen worden waren[42].

---

tialobligationen, welche auf Theilcessionen aus einer für einen benannten Gläubiger eingetragenen Hauptforderung beruhten Seuffert in Bl. XI. 1—13; Regelsberger, H.R. § 88, 13; Gönner, Commentar II.

[35] Vgl. unten § 217, 43. 53; Roth, D. P.R. § 316 Nt. 83.

[36] Vgl. Reatz S. 577 Nt. 1; Best II. S. 141 Nr. 4; M. l. Bd. III. S. 783, 784; II. Comm.Prot. S. 4720 ff.

[37] Es wird jetzt auch gemeinrechtlich die Cession als Sondernachfolge in die Forderung aufgefaßt Windscheid § 329, 10, womit Pr. L.R. I. 11. 376. 377. 402 und Bayr. L.R. II. 3. 8 Nr. 8. 9 übereinstimmen. Dieß ist auch der Standpunkt des Bayrischen Hypothekenrechts Regelsberger, H.R. § 88.

[38] Vgl. oben § 198, 44 f. und besonders zum Folgenden Hachenbuch S. 93—100.

[39] Vgl. oben § 198, 30. M. I. Bd. III. S. 711.

[40] §§ 1137, 1140 B.G.B.; vgl. oben § 215, 45.

[41] §§ 1157, 1140 B.G.B.; vgl. oben § 215, 45.

[42] § 157 Hyp.Ges. — Vgl. Samml. VIII. 1031; Becher § 134, 23; Regelsberger § 87 Ziff. 4 Abs. 2.

Nach B.G.B. sind im Gegensatze zu den allgemeinen Grundsätzen der Forderungsabtretung [43] dem dinglichen Hypothekenanspruche des Cessionars gegenüber solche Verfügungen des Schuldners unwirksam [44]. Nur bezüglich der Zinsen und sonstigen Nebenleistungen bestehen Ausnahmen [54]. Auch muß der neue Gläubiger eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber erfolgte Kündigung gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß die Uebertragung zur Zeit der Kündigung dem Eigenthümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war.

§ 217.

II. Die hypothekarische Succession [1].

Der Uebergang des Pfandrechts auf einen neuen Gläubiger kann in der Art geregelt sein, daß er sich ohne Zustimmung

---

[43] §§ 406—408 B.G.B.

[44] § 1156 Satz 1 B.G.B.: „Die für die Uebertragung der Forderung geltenden Vorschriften der §§ 406—408 finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger in Ansehung der Hypothek keine Anwendung." M. I. Bd. III. S. 711, 712; Hachenbuch S. 100, 101.

[45] § 1158 B.G.B. (R.T.V. § 1141; II. E. § 1068; I. E. § 1091, 1112): „Soweit die Forderung auf Zinsen oder andere Nebenleistungen gerichtet ist, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigenthümer von der Uebertragung Kenntniß erlangt, oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger die Vorschriften der §§ 406—408 Anwendung; der Gläubiger kann sich gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigenthümer nach den §§ 404, 406—408, 1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen." § 1159 B.G.B.: „Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen gerichtet ist, bestimmt sich die Uebertragung sowie das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften (§§ 398 ff.). Das Gleiche gilt für den Anspruch auf Erstattung von Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 haftet. Die Vorschriften des § 892 finden auf die im Abs. 1 bezeichneten Ansprüche keine Anwendung." M. I. Bd. III. S. 713, 714; Best S. 100—102.

[1] Vgl. Roth, hypothekarische Succession und Eigenthümerhypothek A. f. C.Pr. LXII. 97 f.; Rudolph, accessorische oder selbstständige Hypothek A. f. C.Pr. LXVII. 208; Römer, Pf.R. § 42; Regelsberger § 89; Becher § 135. M. I. Bd. III. S. 704, 705. Da die Eigenthümerhypothek des Deutschen Rechtes aus der hypothekarischen Succession des gemeinen Rechtes hervorgegangen ist Roth, H.S. 136, so verbinde ich ihre Darstellung mit der Darstellung der letzteren.

des bisherigen Gläubigers durch das Gesetz vollzieht. Je nachdem dieser Uebergang auf einen neuen Gläubiger oder auf den Eigenthümer erfolgt, unterscheidet man die hypothekarische Succession und die Eigenthümerhypothek. Das Bayrische Hypothekenrecht kennt im Gegensatze zum Preußischen Rechte und dem **B.G.B.** im Principe die Eigenthümerhypothek nicht. Erwirbt hiernach der Eigenthümer das Hypothekenrecht auf irgend eine Art und Weise, so erlischt es durch Consolidation. Dieß gilt nur nicht für den Fall, daß der Eigenthümer der Pfandsache, der nicht persönlicher Schuldner ist, die darauf haftenden Pfandforderungen befriedigt und hiedurch in die Rechte des abgefundenen Pfandgläubigers eintritt; hier geht auf den Schuldner die Forderung des abgefundenen Hypothekengläubigers sammt dessen Hypothek über [2].

A. Die hypothekarische Succession.

Vermöge der hypothekarischen Succession tritt für einen neuen Gläubiger eine Nachfolge in die Rechte eines früheren Pfandgläubigers ohne dessen Zustimmung kraft Gesetzes ein. Die hypothekarische Succession, die im römischen Rechte ausgebildet war [3], hat auch in unseren neuen Hypothekenordnungen Aufnahme gefunden [4] und gehört also unserem neueren Hypothekenrecht an [5]. Die Meinungen darüber, wie sich dieser Uebergang vollzieht, sind getheilt, indem die einen Uebergang des Pfandrechts ohne die Forderung [6], die anderen Uebergang des Pfandrechts mit der Forderung annehmen [7] und eine dritte Meinung die Constituirung eines neuen

---

[2] Roth, D. P.R. § 316 Nt. 61; Regelsberger § 80, 3; § 87, 3; dazu auch Becher § 132 Nt. 42.

[3] Ueber die hypothekarische Succession des römischen Rechtes vgl. Windscheid § 223a, 3; Dernburg, Pf.R. II. § 161—166 und die Literatur bei Roth, H.S. 119.

[4] Nach Exner, H.R. § 50, 21 nimmt das Oesterreichische Recht in den Fällen der hypothekarischen Succession eine gesetzliche Cessionspflicht des Gläubigers an; andere H.O. lassen den Uebergang ohne Cession eintreten vgl. Roth, D. P.R. § 316 Note 17. 18. 19. 34. 38.

[5] Roth, H.S. 106 folg.

[6] Für alle Fälle nehmen dieß an Windscheid § 233b, 16; Brinz, Pandekten (2) § 348, 12; ferner bei Novation Arndts § 274 Nr. 1; Adamkiewitz, A. f. C.Pr. LVI. 38.

[7] Allgemein nimmt dieß an Puchta, Pandekten § 213, ferner bei dem

Pfandrechts voraussetzt[8]. Für das neuere Hypothekenrecht läßt sich eine Entscheidung für die eine oder andere Ansicht im Allgemeinen nicht treffen, da unsere Hypothekenordnungen, soweit sie die hypothekarische Succession aufgenommen haben, die Art des Uebergangs gesetzlich bestimmen. Die einzelnen im bayrischen Hypothekenrecht anerkannten Fälle der hypothekarischen Succession sind folgende:

I. Novation. Wird durch Novation an die Stelle der der Hypothek zu Grunde liegenden Forderung eine andere gesetzt, so kann gemeinrechtlich durch Vertrag der Uebergang des Pfandrechts auf die neue Forderung stipulirt werden[9]. Dieß ist auch nach bayrischem Hypothekenrecht als zuläßig zu erachten. Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob in diesem Falle Uebertragung des bisherigen Pfandrechts auf die neue Forderung anzunehmen oder Constituirung eines neuen Pfandrechts erforderlich sei[10]. Für das bayrische Hypothekenrecht ist die zweite Meinung als richtig anzunehmen[11]. **Auch nach B.G.B.[12] kann an die Stelle der Forderung, für welche die Hypothek besteht, eine andere Forderung gesetzt werden. Dabei ist gleichgiltig, ob damit die bisherige Forderung erlischt. Zur Aenderung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigenthümers sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich[13]. Steht die neue Forderung einem anderen Hypothekengläubiger zu, so ist auch dessen Zustimmung und, wenn die Hypothek des einen oder anderen Gläubigers mit dem Rechte eines Dritten**

Abfindungsgeschäfte Mühlenbruch, Cession 487. 582; Sintenis, Pf.R. 421, 2; Arndts § 374 Nr. 1.

[8] Allgemein nehmen dieß an: Dernburg, Pf.R. § 162; Bachofen, Pf.R. 528; ferner bei Novation Simon, Arch. f. C.Pr. XLI. 60; Regelsberger, H.R. § 60, 6; bei Abfindung Simon, A. f. C.Pr. XLI. 61; Adamkiewicz, A. f. C.Pr. LVI. 27.

[9] l. 30 D. 46. 2; Dernburg, Pf.R. § 162, 2; Windscheid § 233b, 2.

[10] Uebergang des Pfandrechts auf die neue Forderung nehmen an: Windscheid § 233b, 1; Arndts § 374 Nr. 1; Adamkiewicz, A. f. C.Pr. LVI. 38; Constituirung eines neuen Pfandrechts halten für erforderlich Dernburg, Pf.R. § 162; Regelsberger, H.R. § 60, 6; Simon, A. f. C.Pr. XLI. 60.

[11] Regelsberger § 97, 4; Becher § 135, 1.

[12] § 1180 B.G.B.; R.T.B. § 1163; II. E. 1087; D. S. 218, 219; Haidlen S. 424; Best S. 116—118.

[13] Der § 873 Abs. 2 und die §§ 876, 878 B.G.B. finden entsprechende Anwendung. Vgl. über diese oben § 128, 40, 46, 48.

belastet ist, auch die Zustimmung des Dritten erforderlich [14]; **die Zustimmung ist jeweils dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt, und ist unwiderruflich.**

II. Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten (Abfindungsgeschäft). Gemeinrechtlich kann vertragsmäßig bestimmt werden, daß das Pfandrecht eines Gläubigers, dessen Forderung heimgezahlt wird, auf denjenigen übergeht, welcher dem Pfandschuldner die Mittel zur Befriedigung des Gläubigers gewährt [15]. Es wird dabei vorausgesetzt, daß der Uebergang des Pfandrechts des abgefundenen Gläubigers auf den neuen Gläubiger zwischen diesem und dem Schuldner vereinbart ist [16]. Bestritten ist, wie der Erwerb des Pfandrechts durch den neuen Gläubiger sich vollzieht, indem die einen Forderung und Pfandrecht, die anderen nur das Pfandrecht auf ihn übergehen lassen und eine dritte Meinung die Begründung eines neuen Pfandrechts für erforderlich hält [17]. Nach Bayrischem Rechte hat derjenige, der dem Hypothekschuldner die Mittel zur Befriedigung eines Hypothekgläubigers gewährt, zwar kein selbstständiges Recht auf hypothekarische Succession, jedoch kann er dadurch in die Stelle des befriedigten Hypothekgläubigers eintreten, daß er den Pfandschuldner veranlaßt, unter Offenhaltung des Foliums bei der Heimzahlung des zu befriedigenden Gläubigers durch Hypothekerneuerung ihm den Platz der heimgezahlten Hypothek einzuräumen, was nur durch Bestellung eines neuen Pfandrechts geschehen kann [18]. **Nicht wesentlich anders verhält es sich nach B.G.B.**

---

[14] Die Vorschriften des § 875 Abs. 2 und des § 876 B.G.B. finden entsprechende Anwendung.

[15] Es kann dieß geschehen durch Gewährung eines Darlehens an den Schuldner l. 1 Cod. 8. 19 oder in der Art, daß der Dritte dem Schuldner gegenüber die Verpflichtung übernimmt, den Pfandgläubiger abzufinden l. 3 D. 20. 3; Dernburg, Pf.R. II. 504—506.

[16] l. 1 Cod. 8. 19; Roth, H.S. 109.

[17] Für den Uebergang der Forderung und des Pfandrechts erklären sich Mühlenbruch, Cession 487. 582; Sintenis, Pf.R. 421, 2; Puchta, Pandekten § 213 Nr. 1; für den Uebergang nur des Pfandrechts sprechen sich aus Windscheid § 233b, 4; Arndts § 374 Nr. 2. Die Constituirung eines neuen Pfandrechts halten für erforderlich Dernburg, Pf.R. § 162; Bachofen, Pf.R. 526; Simon, A. f. C.Pr. XLI. 61; Adamkiewitz, A. f. C.Pr. LVI. 25.

[18] Regelsberger, H.R. § 89 Nr. 1; Becher § 135, III.

Der zur Befriedigung des Hypothekengläubigers die Mittel gewährende Dritte kann den Schuldner veranlassen, auf ihn die von diesem durch die Befriedigung etwa erworbene Eigenthümerhypothek[19] zu übertragen oder seine Forderung an Stelle der bisher mit Hypothek gesicherten Forderung treten zu lassen[20].

III. Ausübung des Ablösungsrechts (jus offerendi)[21]. Nach römischem Rechte steht jedem nachstehenden Pfandgläubiger das Recht zu, durch Zahlung der Forderung das Pfandrecht des vorgehenden Pfandgläubigers zu erwerben, wobei weder die Einwilligung des Schuldners erforderlich noch vorausgesetzt ist, daß die Forderung des abzulösenden Gläubigers eingeklagt[22], wohl aber, daß der abzufindende Gläubiger dem Schuldner gegenüber zur Annahme der Zahlung verbunden ist[23]. Ob nach römischem Rechte auch dem vorgehenden gegen den nachstehenden Pfandgläubiger dieses Recht zusteht, ist bestritten[24]. Auch hier findet sich über den Vorgang die gleiche Meinungsverschiedenheit wie in den anderen Fällen der hypothekarischen Succession, indem die einen Uebergang der Forderung und des Pfandrechts[25], die anderen nur Uebergang des Pfandrechts annehmen[26] und eine dritte Meinung die Constituirung eines neuen Pfandrechts voraussetzt[27]. Das Bayrische Hypothekengesetz hat das Ablösungsrecht angenommen, jedoch mit der Modifikation, daß es jedem Hypothekgläubiger gegen alle Hypothekgläubiger, also auch dem vorgehenden gegen den nachfolgenden zusteht. Im einzelnen gelten folgende Grundsätze. Jeder Hypothekengläubiger kann jeden Hypothekengläubiger, der seine For-

---

[19] §§ 1143, 1164, 1173, 1174, 1176 B.G.B.

[20] §§ 1180 B.G.B.; vgl. oben Nt. 12—14. — Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn der Dritte unmittelbar den Gläubiger befriedigt; hier kommen die §§ 267, 1150, 268 mit 401, 412 B.G.B. zur Anwendung.

[21] Vgl. über das Ablösungsrecht Regelsberger, H.R. § 89; Exner, H.R. § 69; Roth, H.S. 111. 112; Becher § 135, III.

[22] l. 12 § 6; l. 16 D. 20. 4; Regelsberger, H.R. § 89, 4.

[23] Dernburg, Pf.R. § 166 Nr. 1.

[24] Vgl. Windscheid § 233b, 14, der selbst für die Bejahung sich erklärt.

[25] Dafür erklären sich Mühlenbruch, Cession 482; Simon, A. f. C.Pr. XLI. 46, 29; Adamkiewicz, A. f. C.Pr. LVI. 48.

[26] Dafür erklären sich Windscheid § 233b, 11; Arndts § 374 Nr. 4.

[27] Dernburg, Pf.R. § 165.

derung eingeklagt hat, ablösen. Ebenso kann jeder Hypothekengläubiger jeden Hypothekengläubiger ohne Fälligkeit der Forderung ablösen, wenn der Schuldner einwilligt. Die Ablösung erfolgt durch vollständige Befriedigung des abzulösenden Gläubigers, wozu bei der Ablösung ohne Fälligkeit auch die bis zum Fälligkeitstermine laufenden Zinsen gehören. Unter mehreren Hypothekengläubigern entscheidet die Prävention. Durch die Ablösung geht die Forderung des abgelösten Gläubigers mit der Hypothek auf den ablösenden über [28]; die Ablösung hat die Wirkung der Cession. **Auch das B.G.B.[29] kennt das Ablösungsrecht; die Ausübung setzt aber voraus, daß der Hypothekengläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt. Jeder, der dann Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung in das Grundstück ein Recht daran zu verlieren, auch der Besitzer, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren, hat die Befugniß den Gläubiger zu befriedigen. Die Befriedigung kann durch Zahlung, Hinterlegung oder Aufrechnung erfolgen. Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung und das Hypothekenrecht[30] auf ihn über [31]. Doch kann der Uebergang nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden.**

---

[28] H.G. § 63; Regelsberger, H.R. § 90; Becher § 135 Ziff. III.

[29] § 1150 B.G.B. (R.T.B. § 1133; II. E. § 1057; I. E. §§ 1081, 1082, 1119): „Verlangt der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke, so finden die Vorschriften der §§ 268, 1144, 1145 B.G.B. entsprechende Anwendung." M. I. Bd. III. S. 690—694; Best S. 74—77; Stobbe-Lehmann § 158, 28 ff.

[30] §§ 401, 412 B.G.B.

[31] Der Dritte kann, wenn er den Hypothekengläubiger ganz befriedigt, auch die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden verlangen. Bei theilweiser Befriedigung ist der Gläubiger nur verpflichtet, diese auf dem Briefe zu vermerken und den Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs dem Grundbuchamt oder zum Zwecke der Herstellung eines Theilhypothekenbriefs (§ 1152 B.G.B.; § 61 R.Gr.B.O.) für den Dritten der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notar vorzulegen. Auch besteht die Verpflichtung nicht für Zinsen und andere Nebenleistungen, außer wenn sie später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Gläubiger befriedigt wird oder dem folgenden Vierteljahre fällig werden, und nicht für Kosten, für die das Grundstück nach § 1118 B.G.B. haftet: §§ 1144, 1145 B.G.B. — Bei theilweiser Befriedigung haben die entstehenden Theilhypotheken unter sich gleichen Rang; vgl. § 1151 B.G.B.

B. Die Eigenthümerhypothek.

Der Uebergang einer Hypothek kann auch in der Art vorkommen, daß er sich auf den Eigenthümer des Pfandobjekts vollzieht (Eigenthümerhypothek). Diese findet sich schon im römischen Rechte und ist in unseren neueren Hypothekenordnungen wie im B.G.B. weiter ausgebildet. Es ist daher zu unterscheiden:

I. Die Eigenthümerhypothek des römischen Rechtes[32]. Nach römischem Rechte sind folgende Fälle der Eigenthümerhypothek anerkannt:

1. Der Käufer einer mit einer Hypothek belasteten Sache, der sich ausbedingt, daß der Kaufpreis zur Befriedigung eines Pfandgläubigers verwendet werde, erwirbt mit der Befriedigung des Letzteren gegenüber den nachstehenden Pfandgläubigern die Rechte des abgefundenen[33]. Dieß ist nur in zwei Hypothekenordnungen[34] unverändert angenommen, in mehreren Hypothekenordnungen modificirt[35]. Das bayrische Recht läßt eine Eigenthümerhypothek in diesem Falle nicht entstehen. **Nach B.G.B. erlangt der Käufer und nunmehrige Eigenthümer, wenn der Verkäufer den Gläubiger befriedigt, dessen Hypothek als Eigenthümerhypothek[36].**

2. Der Pfandgläubiger, der das Eigenthum der Pfandsache erwirbt, schließt die Nachhypothekare bis zur Befriedigung seiner Forderung von der Geltendmachung ihres Pfandrechts aus[37].

---

[32] Vgl. die Literatur bei Windscheid § 248, 25a und Roth, H.S. 119.

[33] l. 17 D. 20. 4; Windscheid § 233b, 10. Es ist dieß einer der drei Fälle, in welchem schon im römischen Rechte die Eigenthümerhypothek anerkannt ist. Es wird vorausgesetzt, daß die Verwendung des Kaufpreises zur Befriedigung des Pfandgläubigers ausbedungen ist Dernburg, Pf.R. II. 516.

[34] Württemberg Pf.G. Art. 109. Hessen Pf.G. Art. 98. Vgl. Roth, D. Pr.R. § 316, 48, 49.

[35] Sachsen B.G.B. § 442; Hamburg H.O. 4/12 1868 § 35; Lübeck V. 25/7 1878 und H.O. § 41; Pr. E.E.G. § 63. Ueber die mecklenburgischen Hypothekenordnungen vgl. Meibom, H.R. § 28, 15; Altenburg H.O. § 119; Reuß ä. L. und j. L. H.O. § 118; Roth, H.S. 116; D. P.R. § 316, 50—54.

[36] § 1163 Abs. 1 Satz 2; § 1177 Abs. 1 B.G.B. § 2164 Abs. Satz 1 B.G.B. trifft hier nicht zu. Wäre der Verkäufer nach dem Verkauf auch nicht mehr persönlich haftender Schuldner, sondern dieß der Käufer, so könnte sich ersterer doch nicht auf § 1150 B.G.B. berufen, da ihm die Einrede der Arglist entgegenstünde.

[37] l. 30 § 1 D. 44. 2; Windscheid § 248, 26.

Dieß ist nur in wenigen Rechten anerkannt[38]. Dagegen erlischt durch Confusion die Hypothek ohne Vorbehalt für diesen Fall insbesondere nach bayrischem Rechte[39]. Nach den Rechten, welche die Eigenthümerhypothek des neueren Rechtes ausgebildet haben, bleibt dem Pfandgläubiger, der das Eigenthum des Pfandobjekts erwirbt, sein Pfandrecht ohnehin erhalten[40]. **Dieß gilt auch nach B.G.B.**[41].

3. Der Eigenthümer einer Pfandsache, der nicht persönlicher Schuldner ist, kann, wenn er die darauf haftenden Pfandforderungen befriedigt, die Abtretung dieser verlangen[42]. Dieß hat in mehreren unserer H.O. Aufnahme gefunden und gilt namentlich nach bayrischem Rechte[43]. Dieses Recht ist nach denjenigen H.O., welche die Eigenthümerhypothek des neueren Rechtes anerkennen, ohnehin gegeben, da nach diesen dem befriedigenden Eigenthümer die Disposition über die heimgezahlte Hypothek zusteht[44]. **Nach B.G.B. gehen Forderung und Hypothek auf den Eigenthümer über**[45].

Ueber die rechtliche Natur der gemeinrechtlichen Eigenthümerhypothek herrscht seit lange eine weitgehende Meinungsverschiedenheit, indem die einen darin nicht die Erhaltung des Pfandrechts, sondern nur die Fiktion des Fortbestandes[46], die andern eine Gleichstellung des Eigenthümerrechts mit dem getilgten Pfandrechte sehen wollen[47] und eine dritte Meinung den Fortbestand des Pfandrechts, demnach ein Pfandrecht an eigener Sache annimmt[48].

---

[38] So in Hessen Pf.G. Art. 159 und in Württemberg Römer, Pf.R. § 53. V.

[39] Bayern H.G. § 161, 2; Regelsberger, H.R. § 97, 3; auch Weimar Pf.G. § 157, 2.

[40] Vgl. unten Note 76. 79. 80. 87.

[41] § 889 B.G.B.; auch § 1163 Abs. 1 Satz 2, falls er zugleich die Schuld mit in sich vereinigt, sonst § 1177 Abs. 1 B.G.B., wo eine Grundschuld besteht.

[42] l. 19 D. 20. 4; Dernburg, Pf.R. II. 517.

[43] Bayern H.G. § 58; Regelsberger, H.R. § 80 Nr. 3 und § 87 Nr. 3. Es ist hier Uebergang der Forderung mit der Hypothek anzunehmen. Aehnlich Weimar Pf.G. § 79; Rudolstadt H.O. § 36; Württemberg Pf.G. Art. 108. 120; Hessen Pf.G. Art. 142. Vgl. Roth, D. P.R. § 316, 61—64.

[44] Vgl. unten Note 73. 79. 80. 85. 86.

[45] § 1143, 1177 Abs. 2 B.G.B.

[46] S. die Vertreter dieser Meinung bei Roth, H.S. 119.

[47] Dernburg, Pf.R. II. 571.

[48] S. die Vertreter dieser Meinung, die als die in der neueren Zeit überwiegende bezeichnet werden kann, bei Roth, H.S. 119.

Die letztere Ansicht läßt sich nicht nur nach römischem Rechte begründen [49], sondern sie ist auch die unseren neueren H.O. allein entsprechende [50].

II. Die Eigenthümerhypothek des neueren Rechtes [51]. Die Vereinigung von Hypothek und Eigenthum in der Hand desselben Rechtssubjekts konnte nach römischem Rechte nicht eintreten, solange das Pfandobjekt im Eigenthume des Pfandschuldners sich befand. Durch Zahlung von Seiten des Pfandschuldners wurde die Pfandforderung des Gläubigers getilgt; der Pfandschuldner konnte sie nicht auf sich übertragen lassen, um sie gegen die nachstehenden Gläubiger geltend zu machen oder um sie weiter zu begeben [52]. Ebenso erlosch nach römischem Rechte das Pfandrecht durch Confusion, wenn der Pfandschuldner die Pfandforderung erbschaftsweise oder aus einem anderen Rechtsgrund erwarb [53]. Hiervon weichen mehrere der Deutschen Hypothekenordnungen [54] sowie nach dem Vorgange dieser auch das **B.G.B.** ab, indem

---

[49] S. die Ausführung bei Roth, H.S. 119. 120.

[50] Dieß ist ohnehin selbstverständlich nach denjenigen H.O., welche die neuere Eigenthümerhypothek anerkannt haben. Aber auch diejenigen, in welchen dieß nicht der Fall ist, namentlich die H.O. von Bayern, Württemberg und Hessen, scheinen mir in den oben angeführten Fällen das Pfandrecht an eigener Sache anzuerkennen Roth, H.S. 120. 121.

[51] Ueber die Eigenthümerhypothek des neueren Rechtes s. die Literaturangaben bei Stobbe, P.R. § 111, 26, Stobbe-Lehmann § 148 Nr. 13, 84 und Dernburg Pr. P.R. I. § 337, 1. Vgl. Hagen, Die Hypothek des Eigenthümers 1875; Kuhlmann, die Hypothek des Eigenthümers 1881; Dernburg, Pr. P.R. I. § 337; Förster Eccius § 200. Die Entwicklung der Eigenthümerhypothek des Preußischen Rechtes knüpft an die hypothekarische Succession des römischen Rechtes an Galli in Gruchot, Beitr. X. 519. Ueber die Entwicklung, deren Grundlage der § 52 des Anhangs zu L.R. I. 16. 484 ist, vgl. Roth, H.S. 130—138; Dernburg, Pr. P.R. I. § 337. Das Institut ist in der Gestalt, die es bis zur Erlassung der neuen Grundbuchgesetze erhalten hatte, in diese übergegangen Roth, H.S. 142.

[52] Schweppe, Lehrbuch § 367a; Bähr in Jhering, Jahrb. XI. 95, 52. Nach römischem Rechte kann nur der nicht persönlich haftende Eigenthümer, der die Pfandforderung befriedigt, Abtretung dieser verlangen oben Note 42.

[53] Das römische Recht schließt die Wirkung der Confusion nur aus, wenn der Gläubiger das Eigenthum des Pfandobjekts erwirbt, oben Note 37. Dagegen läßt es die Pfandforderung, die sich in der Hand des Pfandschuldners mit dem Eigenthum an dem Pfandobjekte vereinigt, nicht fortbestehen.

[54] Es sind dieß: Preußen, Sachsen, Altenburg, beide Reuß, Mecklenburg,

eine Vereinigung von Hypothek und Eigenthum auch in der Hand des Pfandschuldners zugelassen ist. Die leitenden Principien dieser geltenden Deutschen Hypothekenordnungen, namentlich des Preußischen und des Sächsischen Rechtes, der Hypothekenordnungen von Hamburg und Lübeck sowie der Mecklenburgischen Hypothekenordnungen sind im Wesentlichen folgende[54a]:

1. Der Hypothekengläubiger, der das Eigenthum des Hypothekenobjekts erwirbt, bleibt Hypothekengläubiger.

2. Der Eigenthümer, der eine auf seinem Eigenthum eingetragene Hypothekforderung durch Erbschaft erwirbt oder auf sich übertragen läßt, hat die Stellung eines Hypothekengläubigers.

3. Der Eigenthümer, der die auf seinem Eigenthume versicherte Pfandforderung tilgt, tritt von selbst in die Rechte des befriedigten Pfandgläubigers ein.

III. Nach B.G.B.[55] entsteht in folgenden Fällen eine Eigenthümerhypothek:

1. Ist die Forderung, für welche die Hypothek besteht, aus irgend einem Grunde nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigenthümer zu[56].

2. Solange bei der Briefhypothek dem Hypothekengläubiger der Brief nicht übergeben ist, steht die Hypothek dem Eigenthümer zu[57].

3. Erlischt die der Hypothek zu Grunde liegende Forderung (durch Erlaß, Vergleich, Confusion, Zahlung, Aufrechnung), so erwirbt regelmäßig der Eigenthümer die Hypothek[58]. Er erwirbt sie nur dann nicht, wenn der persönliche Schuldner, der von dem Eigenthümer oder

---

Hamburg, Lübeck. Dagegen hat das neue Oesterreichische Gr.B.G. die Eigenthümerhypothek in der neueren Gestalt nicht aufgenommen Exner, H.R. § 90.

[54a] Näheres s. bei Roth, D. Pr.R. § 316 zu Nt. 74—90.

[55] M. I. Bd. III. S. 725—740; D.S. 214—217; Best S. 102—116; Bunsen § 51; Krech S. 134—140; Hachenbuch S. 7—18, 20—23; 26—30; d. Not.Zeit. 1896 S. 31—34; Stobbe-Lehmann § 158, 23 ff.

[56] § 1163 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. (R.T.B. § 1146; II. E. § 1070, I. E. §§ 1092, 1094, 1097); Haidlen S. 411, 412. Vgl. oben § 196, 54; Best S. 105, 106.

[57] § 1117 Abs. 1 (R.T.B. § 1100; II. E. § 1026; I. E. § 1110); § 1163 Abs. 2 B.G.B. Vgl. oben § 196, 55; Best S. 107.

[58] Auch wenn er selbst persönlicher Schuldner ist § 1163 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.; M. I. Bd. III. S. 720—723, 728—730, 733; Best S. 106, 107.

einem Rechtsvorgänger dieses Ersatz verlangen kann[59], oder ein Gesammtschuldner, der von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann[60], ein ablösungsberechtigter Dritter[61] oder ein Bürge[62] den Gläubiger befriedigt; hier geht die Hypothek auf diese Personen über und zwar jeweils insoweit, als seitens des persönlichen Schuldners Ersatz, seitens des Gesammtschuldners Ausgleichung verlangt werden kann oder von den Anderen die Befriedigung erfolgt ist.

4. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigenthümer[63]. Dieser kann den Verzicht verlangen, wenn ihm eine peremtorische Einrede gegen die Hypothek zusteht[63a]. Der Verzicht ist dem Grundbuchamt oder dem Eigenthümer gegenüber zu erklären und bedarf der Eintragung in das Grundbuch; zum Verzicht auf die Hypothek für rückständige Nebenleistungen und für dem Gläubiger zu erstattende Kosten genügt jedoch eine formlose Erklärung gegenüber dem Gläubiger[64]. Ist die Hypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet[65] oder steht einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine Nebenleistung zu[66], so ist auch die Zustimmung des Dritten erforderlich; sie ist dem Grundbuchamt oder demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt, und ist unwiderruflich.

---

[59] § 1164 B.G.B. D.S. 221, 222; Best S. 118—120; Haidlen S. 412; der Befriedigung steht die Confusion gleich. Ist dem Schuldner nur theilweise Ersatz zu leisten, so kann der Eigenthümer die Hypothek, soweit sie auf ihn übergegangen ist, nicht zum Nachtheile der Hypothek des Schuldners geltend machen.

[60] § 426 Abs. 2 B.G.B. M. I. Bd. III S. 730. Der Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden.

[61] § 1150 B.G.B. Vgl. oben § 217, 29 ff.

[62] § 774 B.G.B. Der Uebergang kann nicht zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden. Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt; bezüglich der Mitbürgen unter sich vgl. § 774 Abs. 2, § 426 B.G.B.

[63] § 1168 B.G.B.; R.T.B. § 1151; II. E. § 1075; I. E. § 1091; Best S. 107, 108; Haidlen S. 415. Vgl. dazu § 1165 und unten § 221.

[63a] § 1169 B.G.B.

[64] § 1178 Abs. 2 B.G.B.

[65] § 1168 Abs. 2 B.G.B. Die Vorschriften des § 875 Abs. 2 und der §§ 876, 878 B.G.B. finden Anwendung.

[66] § 1178 Abs. 2 B.G.B.

5. **Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils gegen den unbekannten Hypothekengläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens erwirbt der Eigenthümer die Hypothek**[67].

6. **Vereinigt sich auf irgend einem Wege (Kauf, Tausch, Beerbung u. s. w.) Eigenthum und Hypothek, so besteht die Hypothek in der Person des vereinigenden Eigenthümers oder Gläubigers als Eigenthümerhypothek fort**[68].

7. **Befriedigt der nicht persönlich haftende Eigenthümer den Hypothekengläubiger, so geht das Hypothekenrecht sammt der Forderung auf den Eigenthümer über**[69].

Wenn auch hiernach die Hypothek trotz der Vereinigung mit dem Eigenthum als Eigenthümerhypothek bestehen bleibt, so erstreckt sich diese Wirkung doch regelmäßig nur auf das Kapital, auf die Rückstände von Nebenleistungen und die dem Gläubiger zu erstattenden Kosten nur insolange, als einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf eine solche Leistung zusteht; im Uebrigen erlischt hier die Hypothek[70].

Der Erwerb der Eigenthümerhypothek vollzieht sich kraft Gesetzes[71]; **es bedarf insbesondere keiner Uebertragungserklärung des bisherigen Hypothekengläubigers, keiner Eintragung und keiner Briefübergabe. Der Eigenthümer kann aber von dem Hypothekengläubiger die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs und die Aushändigung des Hypothekenbriefs verlangen**[72].

---

[67] §§ 1170, 1171 B.G.B.; R.T.V. § 1153, 1154; II. E. §§ 1077, 1078; I. E. §§ 1103, 1104, 1124; Best S. 108, 109. Vgl. unten § 221 Ziff. IV, 4 c.

[68] § 889 B.G.B. D.S. 217, 218. Diesen Fall führt Best a. a. O. S. 105—109 nicht auf. Er muß aber besonders genannt werden, da hier die Ziff. 3 nicht immer zutrifft. Man nehme an, der nichtpersönlich haftende Eigenthümer beerbt den Hypothekengläubiger oder der Hypothekengläubiger beerbt den nicht persönlich haftenden Eigenthümer; in beiden Fällen würde an sich ohne Erlöschen der Forderung Consolidation eintreten; § 889 verhindert dieß aber und die Folge ist das Entstehen einer Eigenthümerhypothek.

[69] § 1143 B.G.B. R.T.V. § 1126; II. E. § 1051; I. E. §§ 1094, 1095; Best S. 69—71. Dabei findet § 774 Abs. 1 B.G.B. entsprechende Anwendung; s. oben Nt. 62; M. I. Bd. III. S. 725—728.

[70] § 1178 Abs. 1 B.G.B. R.T.V. § 1161; II. E. § 1085; I. E. §§ 1091, 1101; Best S. 109, 110.

[71] In keinem Falle liegt aber eine gesetzliche Hypothek vor.

[72] §§ 894—898 B.G.B.; Best S. 72—74, 110, 111. Auch kann der

In denjenigen Fällen, in welchen der Eigenthümer nicht bloß die Hypothek, sondern auch die Forderung erwirbt, bleibt ihm zwar das Hypothekenrecht als solches erhalten; gleichwohl bestimmen sich aber seine Rechte aus der Hypothek während der Dauer der Vereinigung nach den für eine Grundschuld des Eigenthümers geltenden Vorschriften [73] (accessorische Eigenthümerhypothek, Hypothek des Eigenthümers); in allen übrigen Fällen verwandelt sich wegen des Mangels einer zugehörigen Forderung die Eigenthümerhypothek mit ihrer Entstehung ohne Weiteres in eine Eigenthümergrundschuld jedoch mit der Maßgabe, daß in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die Forderung geltenden Bestimmungen entscheiden [74] (selbstständige Eigenthümerhypothek, hypothekarische Eigenthümergrundschuld). Alle Ansprüche, die mit der Vereinigung der Hypothek und des Eigenthums in einer Person unverträglich sind, fallen auf die Dauer der Vereinigung weg [75]. Auch darf, wenn nur in Ansehung eines Theilbetrags die Eigenthümerhypothek entsteht, die Eigenthümertheilhypothek nicht zum Nachtheile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden [76].

Eigenthümer zum Schutze seines Rechtes einen Widerspruch in das Grundbuch eintragen lassen (§ 899 B.G.B.), wie anderseits auch ein Dritter, dem gegenüber sich der Eigenthümer verpflichtet hat, die Hypothek löschen zu lassen, zur Sicherung des Anspruchs auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eintragen lassen kann (§§ 1179, 883 ff. B.G.B.). M. I. Bd. III. S. 731, 732; Best S. 116. Ueber die Verpflichtung des Gläubigers zur Aushändigung des Hypothekenbriefs vgl. die §§ 1144, 1145, 1167, 1168^III B.G.B.; M. I. Bd. III. S. 745, 746, 758—760; Best S. 72—74.

[73] § 1177 Abs. 2 B.G.B. R.T.V. § 1160; II. E. § 1084; I. E. § 1198; Best S. 112, 113 (Eigenthümerhypothek im weiteren Sinne); Krech S. 135; Hachenbuch S. 8 (Hypothek des Eigenthümers); Hachenbuch S. 21, 27. Wichtig ist daher besonders die Vorschrift des § 1197 B.G.B.; vgl. über diese unten § 218a, 18. — In Betracht kommen hierher die Fälle der Ziff. 6 und 7.

[74] § 1177 Abs. 1 B.G.B. Vgl. dazu M. I. Bd. III. S. 723, 724; Haidlen S. 422, 423; Reatz S. 568 Nt. 23; Best S. 111, 112 (Eigenthümerhypothek im engeren Sinne). Ueber den Inhalt dieser Eigenthümerhypothek s. das Nähere bei der Eigenthümergrundschuld unten § 218a und M. I. Bd. III. S. 733—738.

[75] Z. B. wegen Verschlechterung des Grundstücks; vgl. oben § 208, 44.

[76] § 1176; § 268 Abs. 3; § 774 Abs. 1 B.G.B. (R.T.V. § 1159; I. E. § 1095,

§ 218.

III. Die Verpfändung[1].

Der Hypothekengläubiger hat das Recht, die Hypothek, über welche ihm die Disposition zusteht[2], zu verpfänden. Die Verpfändung der Hypothek hat nicht die Bedeutung der Bestellung eines Pfandrechts an der Sache, sondern nur die der Verpfändung einer Forderung[3], und richtet sich daher nach den für die Verpfändung von Forderungen geltenden Grundsätzen[4]. Zur Verpfändung ist ein notarieller Vertrag[5] und die Uebergabe des Hypothekenbriefs erforderlich[6]. Eintragung in das Hypothekenbuch ist zur Giltigkeit der Verpfändung nicht nothwendig, sie erfolgt jedoch, um der Verpfändung die Vortheile der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs zu verschaffen[7]. **Nach B.G.B.[8] ist zur Verpfändung von Briefhypotheken Ertheilung der Verpfändungserklärung in schriftlicher Form oder Eintragung der Verpfändung in das Grundbuch und Uebergabe des Hypo-**

1097). Dieß kann nur in den Fällen der Ziff. 1, 3, 4, 6, 7 vorkommen. M. I. Bd. III. S. 730, 731; Best S. 113.

[1] Regelsberger, H.R. § 90; Becher § 136; Stobbe-Lehmann § 151 Nr. 9.

[2] Voraussetzung der Verpfändung ist, daß der Hypothekengläubiger in der Verfügung über die Hypothek nicht beschränkt ist, Regelsberger, H.R. § 90 Nr. 1.

[3] Regelsberger, H.R. § 90, 11. Nach B.G.B. kann die Forderung nicht ohne das Hypothekenrecht und das Hypothekenrecht nicht ohne die Forderung verpfändet werden § 1274 Abs. 2, § 1153 Abs. 2 B.G.B.

[4] Vgl. dazu § 1273 B.G.B., wonach auf das Pfandrecht an Forderungen die für das Pfandrecht an beweglichen Sachen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, soweit nicht die §§ 1274—1296 Besonderes enthalten; nur die Anwendung der §§ 1208 und 1213 Abs. 2 ist ausgeschlossen. Näheres s. unten beim Pfandrecht an Vermögensrechten § 228.

[5] Art. 14 Not.Ges. Regelsberger, H.R. § 90, 6. Es genügt aber die notarielle Beurkundung der Erklärung des Verpfänders: § 60 Landtagsabschied v. 29. Juli 1869.

[6] Regelsberger, H.R. § 11, 20. Bl. E.B. X. 50. A.M. Samml. X. 25; XII. 166; XIII. 452; Bl. X. 37; XXV. 22; XXXII. 97, 113; LVII. 8; Becher § 136, II. 3; § 95 Ziff. V Nt. 24.

[7] Samml. XIII. 456; Bl. XXVI. 14; Regelsberger § 12 Ziff. 11; Becher § 99 Nt. 15 gegen Lehner, H.R. S. 156.

[8] § 1274 Abs. 1 Satz 1 mit §§ 1154, 1155 B.G.B. Die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte erfolgt nach den für die Uebertragung des Rechtes geltenden Vorschriften.

thekenbriefs[9], **bei Buchhypotheken formloser dinglicher Verpfändungsvertrag und Eintragung in das Grundbuch erforderlich**[10]. **Für die Uebergangszeit ist bestimmt, daß vom 1. Januar 1900 an bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, die Verpfändung nach dem bisherigen Rechte erfolgt**[11]. Von der Eintragung wird nach bayrischem Rechte der Hypothekenschuldner verständigt[12], der sich in seinen Zahlungen darnach zu richten hat und nicht mehr an den ursprünglichen Hypothekengläubiger ohne Zuziehung des Pfandinhabers, ebensowenig aber an den Pfandinhaber ohne Zuziehung des Verpfänders zahlen kann[13]. Nur die Geltendmachung des Absonderungsrechts im Concurse setzt stets die Eintragung der Verpfändung im Hypothekenbuch oder die Benachrichtigung des Drittschuldners von der Verpfändung oder den Gewahrsam der über die Hypothekforderung ausgestellten Urkunden voraus[14]. Der Pfandgläubiger kann die Klage des Verpfänders gegen den Schuldner als actio utilis anstellen[15]. In der Subhastation hat er die Stellung eines als Streitgenossen geltenden Nebenintervenienten[16].

Abtheilung 2.

Uebergang der Grundschulden nach B.G.B.

§ 218a.

Für den Uebergang der Grundschuld auf einen anderen Berechtigten gelten folgende Grundsätze:

---

[9] § 1154 Abs. 1, 2 B.G.B. Auf die Uebergabe des Hypothekenbriefs finden die §§ 1205, 1206 B.G.B. Anwendung; s. unten § 225.

[10] § 1154 Abs. 3, § 873 Abs. 1 B.G.B. Auch § 873 Abs. 2, § 878 finden Anwendung.

[11] Art. 189 Abs. 1 mit Art. 186 E.G. z. B.G.B.

[12] Nach B.G.B. nicht. § 1280 B.G.B. findet hier nicht Anwendung.

[13] H.G. § 53; Regelsberger, H.R. § 90 Nr. 2. § 1281—1290 B.G.B.; vgl. unten § 221.

[14] E.G. zur Conkursordnung § 15 Nr. 3, § 40 R.K.O.

[15] Bl. XII. 47; XLV. 41. § 1282, 1277 B.G.B.; vgl. dazu unten § 228.

[16] Art. 41 Subh.Ordn.; §§ 58, 63, 64, 66 R.C.P.O.; § 9 Nr. 2 der R.Subh.Ordn.

I. Die Grundschuld geht wie die Hypothek durch Erbfolge auf den Erben über [1].

II. Die Grundschuld kann durch Cession auf einen anderen Gläubiger übertragen werden [2]. Die Uebertragung erfolgt nicht wie bei der Hypothek durch Cession der Forderung, sondern erfaßt die Grundschuld als solche. In den Fällen, in welchen die Grundschuld zur Sicherung eines persönlichen Rechtes dient, muß nach preußischem Rechte der persönliche Anspruch mit der Grundschuld abgetreten werden, außerdem er erlischt [3]; das B.G.B. knüpft eine solche Wirkung an die Abtretung der Grundschuld nicht [4]. Die Abtretung der Briefgrundschuld setzt nach Preußischem Rechte und nach B.G.B. einen schriftlichen Cessionsakt und Uebergabe des Grundschuldbriefs voraus [5]; Eintragung der Abtretung ist zum Uebergange des Rechtes nicht erforderlich, ersetzt aber nach B.G.B. die schriftliche Abtretungserklärung [6]. Zur Abtretung einer Buchgrundschuld ist nach B.G.B. dinglicher Vertrag und Eintragung in das Grundbuch nothwendig [7]. Grundschulden, deren Brief auf den Inhaber ausgestellt ist, werden lediglich durch Uebereignung des Grundschuldbriefs abgetreten [8].

III. Die hypothekarische Succession in Grundschulden richtet sich nach den gleichen Grundsätzen wie die in Hypotheken [8a]. Eine Eigenthümergrundschuld [9] entsteht:

a. wenn für den Eigenthümer die Grundschuld bestellt wird; zur Bestellung ist die Erklärung des Eigenthümers gegenüber dem

---

[1] § 1922 B.G.B.; Meibom, H.R. § 32, 1.

[2] §§ 1192, 1154 B.G.B.

[3] Pr. E.E.G. § 52, 2.

[4] Das arg. § 1192 Abs. 1 im Zusammenhalte mit §§ 1133, 1154 B.G.B. ergiebt für die Grundschuld eine solche Wirkung nicht.

[5] Nach Pr. L.R. I. 11. 394 ist Schriftlichkeit des Cessionsakts erforderlich, jedoch nicht bei Blankoabtretung der Grundschuld. Erk. R.G. 10/12 1880 Sammlung III. Nr. 88 erklärt auch Uebergabe des Grundschuldbriefs für nothwendig. B.G.B. § 1154 Abs. 1.

[6] Pr. E.E.G. § 53. 54; Pr. Gr.B.O. § 79—83. B.G.B. § 1154 Abs. 2.

[7] § 1154 Abs. 3 B.G.B.; §§ 873, 878 B.G.B. finden Anwendung.

[8] § 1195, 793 B.G.B. — Gegen die Zulassung der Blankocession s. M. I. Bd. III. S. 783, 784; Reatz S. 577 Nt. 1.

[8a] Vgl. oben § 217; Pr. E.E.G. § 63—66; Dernburg, Pr. P.R. I. § 337.

[9] M. I. Bd. III. S. 791—795; Best S. 144, 145.

Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung erforderlich[10];

b. insolange bei der Briefgrundschuld der Eigenthümer dem Gläubiger den Brief nicht übergiebt[11];

c. wenn der Eigenthümer den Grundschuldgläubiger befriedigt[12];

d. wenn der Grundschuldgläubiger auf die Grundschuld verzichtet[13];

e. wenn er im Wege des Aufgebotsverfahrens mit dem Grundschuldrecht ausgeschlossen wird[14];

f. wenn auf irgend einem Wege sich Eigenthum und Grundschuld in der Person des Eigenthümers oder Grundschuldgläubigers vereinigen[15];

g. in den Fällen der hypothekarischen Eigenthümergrundschuld[16].

Dem Eigenthümer als Gläubiger der Grundschuld stehen an sich alle Befugnisse eines Grundschuldgläubigers zu, soweit sie nicht mit der Vereinigung unverträglich sind[17]; doch kann er auch nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben und Zinsen gebühren ihm nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines Andern zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung[18].

IV. Ebenso richtet sich die Verpfändung von Grundschulden nach den für die Verpfändung von Hypotheken geltenden Grundsätzen[19].

---

[10] § 1196 B.G.B.; § 878 B.G.B. findet Anwendung.

[11] § 1192 Abs. 1; § 1163 Abs. 2; § 1117 B.G.B.

[12] § 1192 Abs. 1; § 1143 B.G.B.

[13] § 1192 Abs. 1; § 1168 B.G.B. Ueber die Erfordernisse des Verzichts s. oben § 217, 64 ff.

[14] § 1192 Abs. 1; §§ 1170, 1171 B.G.B.

[15] § 889 B.G.B.

[16] Vgl. oben § 217, 74.

[17] Vgl. oben § 217, 75. M. I. Bd. III. S. 678, 679.

[18] § 1197 B.G.B.

[19] § 1291 B.G.B.

Abschnitt 9.

Rangordnung der Hypotheken und Grundschulden[1].

§ 219.

Der Grundsatz des römischen Rechtes, daß die Rangordnung der Hypotheken, soweit nicht die Art der Bestellung oder ein Privilegium dem jüngeren Pfandrecht einen Vorzug gewährt, nur nach dem Alter des Pfandrechts sich bestimme, ist in dem bayrischen Hypothekengesetze nicht anerkannt; vielmehr ist für die Rangordnung der Hypotheken allein die Eintragung im Hypothekenbuch entscheidend. Jede Hypothekforderung hat nach dem Principe der Publicität nur diejenigen Rechte, welche sich aus dem Hypothekenbuch ergeben; es entscheidet daher weder die Zeit der Entstehung, noch der Inhalt des Rechtstitels, sondern allein die Thatsache der Einschreibung in das Hypothekenbuch. Diese allein ist entscheidend nicht nur für die Entstehung des dinglichen Rechtes der einzelnen Forderung, sondern auch für die Beziehungen zu anderen Hypothekforderungen an demselben Objekt in den Fällen, wo eine Konkurrenz hinsichtlich der Befriedigung der Forderung oder der Ausübung der damit verbundenen Rechte eintritt. Regelmäßig wird die Rangordnung der Hypothek durch den Zeitpunkt der Eintragung bestimmt[2] in der Art, daß für die einzelne Hypothek der Tag der Eintragung entscheidet[3], wobei Forderungen, welche am nämlichen Tage eingetragen sind, unter sich gleiche Rechte anzusprechen haben[4].

---

[1] Vgl. Regelsberger, H.R. § 94; Becher §§ 140—142; Dernburg, Pr. P.R. I. § 333, 334.

[2] H.G. § 59: „Der Vorzug unter den Hypothekgläubigern richtet sich ohne alle andere Rücksicht blos nach dem Zeitpunkt (§ 23) wie auf ein bestimmtes Gut jede Hypothek vor der andern in das Hypothekenbuch eingetragen ist; jedoch mit Vorbehalt des § 10 des Einführungsgesetzes." Nach dem letzteren haben die im Laufe des Einführungstermins angemeldeten Forderungen denjenigen Vorzug behalten, welcher ihnen nach der bis zu diesem Zeitpunkt an dem Sitz des Hypothekenamts geltenden Prioritätsordnung zukamen; vgl. Lehner, H.R. § 127.

[3] H.G. § 23: „Der Vorzug der eingetragenen Forderungen ist blos nach dem Tage des Eintrages zu beurteilen; daher genießen alle an demselben Tage in dem Hypothekenbuche eingetragenen Forderungen gleichen Rang, wenn nicht durch einen ausdrücklichen Vertrag einer Hypothek ein bestimmter Rang im Voraus zugewiesen worden."

[4] H.G. § 60: „Forderungen, welche am nämlichen Tage eingetragen sind,

Daß nicht das Alter, sondern die Einschreibung in das Hypotheken- oder Grundbuch für die Priorität der Hypotheken und Grundschulden maßgebend sei, wird auch in Ansehung der übrigen deutschen Hypothekenordnungen mit Recht behauptet[5]. **Auch nach B.G.B. entstehen die Hypotheken und die Grundschulden regelmäßig erst durch die Eintragung in das Grundbuch[6]; das Rangverhältniß bestimmt sich regelmäßig nach der Reihenfolge der Eintragungen[7]; die Eintragung ist für das Rangverhältniß selbst dann entscheidend, wenn der zum Erwerbe der Hypothek oder der Grundschuld etwa erforderliche dingliche Vertrag erst nach der Eintragung zu Stande gekommen ist[8]. Daraus ergiebt sich, daß auch nach B.G.B. sicher nur die Eintragung und nicht das Alter der Hypothek oder Grundschuld für die Priorität entscheidet, sofern nur nicht abweichende Rangverhältnisse vereinbart sind[9]. Mehrere unter Angabe desselben Tages eingetragene Hypotheken und Grundschulden haben gleichen Rang[10].** Von diesen die Priorität bestimmenden Principien können folgende Ausnahmen begründet sein:

1. Durch Disposition des Schuldners. Der Schuldner kann:

---

haben unter sich gleiche Rechte, und kommen nach den Bestimmungen des § 23 in den Fällen, wo der Vorzug einer Hypothek entscheidet, nach Größe jeder Forderung verhältnißmäßig zum Bezuge." In H.G. § 23 war die Führung eines besonderen Hypothekenprotokolls vorgeschrieben und es war die Eintragung in dieses für die Priorität unerledigter Anmeldungen entscheidend. Jetzt vertritt die Stelle dieses das nach der Geschäftsordnung 20/9 1863 § 4—7 zu führende Tagebuch des Hypothekenamts. Bl. XXXI. 336 und J.M.Bl. 1866 S. 102; vgl. darüber Graf, Comm. III. 49, Z. f. Not. 1866 S. 273. 1871 S. 14; d. Not.Zeit. 1874 S. 166; 1878 S. 141; 1882 S. 30; Ortenau-Henle, Comm. z. Subh.Ordn. S. 60 Nt. 2, S. 64; Bl. LIII. 369, 385; E.B. XII. 367; Becher, § 106 I. A.M. Regelsberger § 24, IV.; Ztschr. d. A.V. VI. 185; Hellmann, § 103 Nt. 6. Comm. z. Subh.Ordn. S. 10; Bl. XLVII. 295, 305; LIII. 177. Ueber Bedeutung und Verhältniß des Tagebuchs zum Oeffentlichkeitsprincipe vgl. Becher § 106, I.

[5] Vgl. Roth, D. Pr.R. § 319, 2.

[6] Vgl. oben § 207, 207b, wo auch die Ausnahmen angeführt sind.

[7] § 879 Abs. 1 B.G.B.

[8] § 879 Abs. 2 B.G.B.

[9] § 879 Abs. 3, § 880 B.G.B.

[10] § 879 Abs. 1 B.G.B.

a. der einzutragenden Post einen bestimmten Rang im voraus einräumen, wodurch ihr der Vorrang vor anderen an demselben Tage angemeldeten Posten gesichert wird [10a], oder mehrere nicht gleichzeitig eingetragene Posten unter sich im Range gleichstellen [11];

b. bei Bestellung einer Hypothek (Grundschuld) sich die Errichtung einer der Summe nach bestimmten Hypothek (Grundschuld) mit dem Range vor der jetzt einzutragenden vorbehalten (Rangvorbehalt) [12].

c. einer erloschenen, aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschten Hypothek eine andere subrogiren (Offenhaltung des Foliums,

---

[10a] Bayern H.G. § 23, Regelsberger, H.R. § 94, 3 um die Gleichstellung der an demselben Tage eingetragenen Hypotheken auszuschließen.

[11] Es geschieht dieß in der Art, daß der Schuldner bei Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld sich ausbedingt, daß er noch eine andere der Summe nach bestimmte Forderung mit gleichem Range eintragen lassen dürfe: Roth, D. P.R. § 319, 7. — Solche Abweichungen bedürfen nach B.G.B. (§ 1879 Abs. 3) zur Wirksamkeit der Eintragung in das Grundbuch.

[12] Bayern H.G. § 150: „Hat sich der Schuldner bei einer Forderung das Recht vorbehalten, noch vor derselben einer anderen Forderung den Rang einzuräumen, oder hat er derselben nur einen bestimmten Platz zum Beispiel die zweite Hypothek zugestanden, so muß bei dem Eintrag jener Hypothek die vorbehaltene Hypothek unter ihrer eigenen Nummer und mit einer bestimmten Summe vorgemerkt, auch ihr Vorzug ausgedrückt, und in der letzten Columne bemerkt werden, daß die Benennung des Gläubigers noch vorbehalten sei. Wenn diese erfolgt, so wird dann am gehörigen Orte der Rechtstitel und der Name des Gläubigers eingetragen"; Regelsberger, H.R. § 62; Becher § 125. B.G.B. § 881: Der Eigenthümer kann sich bei der Belastung des Grundstücks mit einem Rechte die Befugniß vorbehalten, ein anderes, dem Umfange nach bestimmtes Recht mit dem Range vor jenem Rechte eintragen zu lassen. Der Vorbehalt bedarf der Eintragung in das Grundbuch; die Eintragung muß bei dem Rechte erfolgen, das zurücktreten soll. Wird das Grundstück veräußert, so geht die vorbehaltene Befugniß auf den Erwerber über. Ist das Grundstück vor der Eintragung des Rechtes, dem der Vorrang beigelegt ist, mit einem Rechte oder einem entsprechenden Vorbehalte belastet worden, so hat der Vorrang insoweit keine Wirkung, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht in Folge der inzwischen eingetretenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde."

Subrogation)[13]. Die Subrogation besteht in der Errichtung einer neuen Hypothek mit dem Range der alten an der Stelle, welche zu diesem Behufe durch Nichtlöschen dieser offen gehalten ist[14]. Vorausgesetzt wird dabei, daß durch die Subrogation keine höhere Belastung herbeigeführt wird, als diejenige Hypothek enthält, für die subrogirt wird[15]. Der Schuldner kann daher nicht nur kein der Summe nach größeres Kapital, sondern er darf auch nicht einer bloßen Caution eine definitive[16] oder an Stelle einer Cautionshypothek eine andere Cautionshypothek[17], einer der Zeit nach beschränkten eine unbegrenzte, einer Verbandhypothek eine auf das betreffende Objekt beschränkte[18], einer unverzinslichen eine verzinsliche Hypothek subrogiren[19]. Die Subrogation ist auch zu-

[13] H.G. § 84: „Der Schuldner kann nach erloschener, aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschter Hypothek den Rang dieser Hypothek einem Andern, auch einem neuern Gläubiger jedoch für keine größere Summe einräumen." Roth, hypothekarische Succession 125—130; Regelsberger, H.R. § 60, 61; Becher § 124; Bl. LVII. 33, 49. Ueber die Entstehung dieser Form, die noch nicht gehörig aufgeklärt ist, vgl. Roth, hypothekarische Succession 126 f. Sie findet sich zuerst in Schleswigholstein (H.O. für die dem Landgericht unterworfenen Güter 23/12 1796; V. für die Untergehörigen adeliger Güter 23/4 1797; V. für die dem O.G. Glückstadt unterworfenen Güter 5/12 1800; V. für Süder-Dithmarschen 18/12 1810; V. für das Amt Kiel 3/12 1833). Nach Paulsen, P.R. § 79, 10 scheint das Institut dem Dänischen Rechte zu entstammen. Aus Holstein gieng es nach Mecklenburg und vermuthlich von da nach Bayern über. In Schleswigholstein ist es durch die neue Gesetzgebung beseitigt, in Mecklenburg findet es sich nur in den älteren Hypothekenordnungen. In Bayern ist es noch gegenwärtig in Geltung.

[14] Nach Bayrischem Rechte ist ein ausdrücklicher Vorbehalt nicht erforderlich, Regelsberger, H.R. § 61, 2. Da aber die Löschung einer bezahlten Hypothek auf einseitigen Antrag des Gläubigers vollzogen werden kann, so muß der Schuldner, um sich sicher zu stellen, sein Recht durch Protestation wahren Regelsberger, H.R. § 18, 16 und § 61, 5.

[15] Gönner, Commentar I. 580; Regelsberger, H.R. § 61, 11.

[16] Bl. XVIII. 413, XXIX. 234; Samml. VI. 876; Regelsberger, Sicherheitshypothek Bl. XXXVI. 232 f.; Becher § 124, III. 4; Ztschr. f. Not. 1870 S. 93. A.M. Bl. XVIII. 415, LVII. 51; E.B. II. 224, 349. An Stelle einer Caution kann eine definitive Hypothek eingetragen werden: Samml. IX. 70; Bl. XLVII. 406; XXXVI. 234.

[17] Regelsberger § 61, 5c; Becher § 124, III. 4; A.M. Bl. LVII. 51.

[18] Regelsberger § 61, 5d; Gönner I. S. 580; III. 112; A.M. Becher § 124 Nt. 28.

[19] Gönner, Comment. I. 580; Bl. E.B. II. 223; Regelsberger § 61, 5b; Becher § 125, III. 4.

läßig bei theilweiser Löschung für den gelöschten Theil [20], jedoch nicht, wenn eine allmählige Verminderung der Pfandschuld durch Festsetzung bestimmter Abtragungsfristen ausbedungen ist [21]. Der Eigenthümer hat kein anderes Recht als das der Subrogation [22]. Aber auch nur der Eigenthümer hat das Recht zur Vergebung der offenen Rangstelle [23]. Er kann entweder die Subrogation sofort vornehmen [24] oder sich die spätere Subrogation durch Rangvorbehalt sichern [25]. Bei freiwilliger Veräußerung des Hypothekenobjekts geht das Recht, über die leere Stelle zu verfügen, auf den Erwerber über [26]; bei Subhastation oder Ausbruch des Konkurses erlischt das Recht und es tritt Nachrücken der Nachhypothekare ein [27]. **Das B.G.B. bedarf in Folge der Eigenthümerhypothek dieses besonderen Institutes der Subrogation nicht** [28].

2. Durch Disposition des Gläubigers. Der Gläubiger kann durch Verzicht auf das Vorzugsrecht seiner Post einer unmittelbar nachfolgenden Post den gleichen Rang mit der seinigen einräumen [29] oder durch Vertrag mit dem Gläubiger der unmittelbar folgenden Post dieser den Vorrang vor der seinigen zugestehen [30]. Stehen die unmittelbar auf einander folgenden Posten demselben Gläubiger zu, so kann dieser den Stellentausch einseitig verfügen [31]. Ebenso

---

[20] Bl. XXIII. 327.

[21] Bl. XX. 253; XXXII. 218; XLI. 73; L. 282; Samml. V. 652; XI. 68; XII. 401 mit besonderer Beziehung auf Annuitätenkapitalien; vgl. Graf, Comment. III. 113. A.M. Regelsberger § 601, 5e; Gönner II. 580; Ztschr. f. Not. 1869 S. 177; D. Not.Zeit. 1874 S. 184; 1877 S. 81; Bl. LVII. 51; LIV. 336; Becher § 124, III. 4.

[22] Er kann die Hypothek nicht auf seinen Namen umschreiben lassen Regelsberger, H.R. § 60, 8.

[23] Gesetzliche Hypotheken, auch Vollstreckungshypotheken, können daher auf den offenen Rang nicht eingetragen werden: Samml. XIV. 368. Dieß gilt auch für den Rangvorbehalt des § 150 H.G.

[24] Es ist dazu Vernehmung des Inhabers der nicht gelöschten Hypothek erforderlich Erk. 23/3 30 Bl. XIV. 271.

[25] Graf, Comment. III. 112. Bl. XIV. 271; L. 283; Samml. V. 657; XI. 68.

[26] Regelsberger, H.R. § 61, 1.

[27] Regelsberger, H.R. § 60 Nr. 2; Samml. XIV. 76.

[28] Vgl. oben § 217. B, III.

[29] Regelsberger, H.R. § 91 Nr. 7.

[30] Regelsberger, H.R. § 91, I.

[31] Regelsberger, H.R. § 91, 1.

kann der Gläubiger bei Theilung einer Post einseitig dem einen Theile den Vorrang vor dem anderen einräumen [32]. In allen diesen Fällen tritt eine Veränderung der Priorität ein. Dagegen bewirkt die Rangabtretung eines vorgehenden Gläubigers gegenüber einem nicht unmittelbar nachfolgenden keine Veränderung der Priorität [33]. **Aehnliche Grundsätze gelten nach B.G.B.; sie sind schon oben § 214 dargelegt [34]; auch wenn der Gläubiger einem anderen Rechte als einer Hypothek oder einer Grundschuld den Vorrang einräumt, wird der persönliche Schuldner insoweit frei, als er im Falle der Befriedigung des Gläubigers aus der Hypothek hätte Ersatz verlangen können [35].**

Das aus der Eintragung sich ergebende Rangverhältniß der Vor- und Nachhypotheken (Grundschulden) bewirkt nicht eine Verschiedenheit des Pfandrechts, sondern ist nur bestimmend für die Befriedigung beim Zwangsverkauf und im Konkurse [36]. Die durch die Eintragung bestimmte Rangordnung gilt für die Hypotheken (Grundschulden) nur während ihres Bestandes. Mit der Löschung einer Post rücken die nachstehenden Posten vor [37].

Abschnitt 10.

Beendigung des Pfandrechts [1].

§ 220.

I. Im Allgemeinen.

Für die Beendigung des Rechtes der Hypotheken (Grundschulden) sind die allgemeinen für die Beendigung des Pfandrechts

---

[32] Regelsberger, H.R. § 91, 1. Bei Theilung einer Hypothek haben, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, die einzelnen Theilhypotheken gleichen Rang.

[33] Vgl. oben § 214, 3.

[34] § 880 B.G.B.

[35] § 1165 B.G.B. Vgl. dazu oben § 214, 11, § 212, 34.

[36] § 59 H.G.; Regelsberger, H.R. § 94, II.; Art. 108 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 Subh.Ordn.; § 39 R.K.O.

[37] § 84 H.G.; Regelsberger, H.R. § 27, 3. Das Vorrücken kann von dem Eigenthümer verhindert werden durch Offenhaltung des Foliums oben Note 12.

[1] Vgl. Regelsberger, H.R. § 96—98; Becher § 143; M. I. Bd. III. S. 715—744; Best S. 122—127; Bunsen §§ 54, 55.

geltenden Grundsätze maßgebend. Die Beendigungsgründe sind theils allgemeine, auch bei anderen Rechten sich findende, theils sind sie im Hypothekengesetz und im **B.G.B.** besonders bestimmt [2]. Im Einzelnen gelten folgende Sätze:

1. Nach bayrischem System ist die Erlöschung des Pfandrechts von der Löschung im Hypothekenbuche nicht abhängig. Die Erlöschung erfolgt vielmehr mit dem Eintritte der Thatsache, an welche das Gesetz die Erlöschung der Hypothekforderung knüpft, und wirkt auch ohne Löschung für die Betheiligten unter sich und für die in Kenntniß davon befindlichen Dritten. Dabei begründet der Eintritt des Erlöschungsgrundes für den Eigenthümer das Recht, auf Löschung anzutragen. Die Löschung im Hypothekenbuch ist nach diesem System insofern von Bedeutung, als der gutgläubige Erwerber einer erloschenen, aber im Hypothekenbuche nicht gelöschten Hypothek durch das Publicitätsprinzip in seinen Rechten geschützt wird [3]. Nach Bayrischem Rechte tritt daher die Erlöschung der Hypothek unter den Betheiligten mit dem Eintritte des Erlöschungsgrundes ein [4] und es wirkt dieß auch gegenüber den in Kenntniß davon befindlichen Dritten [5]. Dagegen wird der gutgläubige Erwerber einer erloschenen, aber im Hypothekenbuche nicht gelöschten Hypothek durch das Publicitätsprinzip geschützt [6]. **Das gleiche Princip befolgt das B.G.B.; nur die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Hypothek und der Grundschuld ist von der Löschung abhängig [7].**

---

[2] Die Annahme von Regelsberger, H.R. § 97 im Eingang, und Becher § 143 C, daß für das Hypothekenrecht nur solche Beendigungsgründe gelten, die im Hypothekengesetz ausdrücklich anerkannt sind, ist für das Bayrische Recht nicht richtig, da das Bayrische H.G. die Beendigung durch Eintritt einer Resolutivbedingung nicht besonders erwähnt, obwohl dieser Beendigungsgrund zweifellos anerkannt werden muß Regelsberger, H.R. § 97, VI. Das Gleiche gilt von der Expropriation.

[3] Regelsberger, H.R. § 96; vgl. oben § 198, 52—54.

[4] § 83: „Die Erlöschung einer Hypothek ist in Ansehung derjenigen, in deren Handlung sie sich gründet, so bald wirksam, als der Erlöschungsgrund vorhanden ist. Wie ferne daraus Rechte gegen einen Dritten entstehen, ist nach den Bestimmungen der § 25 und 26 zu beurtheilen."

[5] Es ist dieß eine Consequenz des Publicitätsprincips Regelsberger, H.R. § 33 Nr. 1 und § 34.

[6] Regelsberger, H.R. 470; Lehner, H.R. § 178 Nr. 2.

[7] §§ 1183, 875 B.G.B. (R.T.B. § 1160; II. E. 1090; I. E. § 1091);

§ 221.

II. Die Erlöschungsgründe.

Als Gründe der Erlöschung des Pfandrechts sind folgende aufzuführen:

I. Ungültigkeit der Bestellung. Die Gründe, welche die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Bestellung einer Hypothek bewirken, sind, wenn sie rechtlich festgestellt sind, für die Löschung maßgebend[1]. Solche Ungiltigkeitsgründe sind:

1. Verfügungsunfähigkeit des Hypothekenbestellers aus subjektiven oder objektiven Gründen[2];

2. Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung, Irrthum im Beweggrund, Arglist, Verstoß gegen die guten Sitten u. s. w. je nach Maßgabe des örtlichen bürgerlichen Rechtes[3];

3. Mangel des Rechtstitels auf Hypothek, sofern nicht dem Consensprinzipe genügt ist[4], **nach B.G.B. Mangel des dinglichen Vertrags oder des gesetzlichen Grundes zur Hypothek.**

4. Nichtigkeit der Forderung[5]; **hier entsteht nach B.G.B. eine Eigenthümerhypothek**[6].

5. Unterlassung der Einvernahme des eingetragenen Hypothekenobjektsbesitzers oder eines der mehreren eingetragenen Besitzer nach Maßgabe des Consensprinzips[7]; **nach B.G.B. begründet der Mangel der formalen Eintragungsbewilligung nicht die Ungiltigkeit der Hypothek oder Grundschuld**[8].

Diese Ungiltigkeitsgründe sind aber nur insoweit wirksam, als nicht das Oeffentlichkeitsprinzip entgegensteht.

Absolut unwirksam ist die Hypothek (Grundschuld) nur bei Mangel des Hypothekgegenstandes und bei Vorhandensein wesentlicher, die Form der Einschreibung betreffender Mängel[9].

---

vgl. oben § 128 Ziff. 3; Best S. 122—124. Auch § 901 B.G.B. ist hierher zu vergleichen.

[1] Regelsberger, H.R. § 99.

[2] Vgl. oben § 201.

[3] Vgl. dazu die §§ 116—124, 134—144 B.G.B.

[4] Vgl. oben §§ 204—206.

[5] Regelsberger § 42, II.; § 99, II. 3.

[6] Vgl. oben § 217, 56.

[7] A.M. Regelsberger § 99, II. 2; § 57 Nt. 2.

[8] arg. § 29 R.Gr.B.O.

[9] Regelsberger § 99, I.

Die Anfechtung der Hypotheken (Grundschulden) und Hypothekforderungen innerhalb des Concurses richtet sich nach § 22 ff. R.C.O. und außerhalb des Concurses nach dem R.G. v. 21. Juli 1879[10].

II. Veränderungen des Hypothekenobjekts.

1. Durch gänzlichen Untergang des Hypothekenobjekts erlischt die Hypothek, lebt aber mit Wiederherstellung der Sache wieder auf[11]. Theilweiser Untergang der Sache ändert nichts an den Verhältnissen, da das Pfandrecht an dem unversehrten Theile unverändert fortdauert[12]. Brennt ein Gebäude ab, so bleibt das Pfandrecht an dem Bauplatze bestehen und ergreift den darauf aufgeführten Neubau[13]. Hinsichtlich des Anspruchs auf die Brandversicherungsgelder vgl. oben 208 Ziff. 6. Die Umgestaltung des Pfandobjekts ist ohne Einfluß auf den Bestand der Unterpfandsverhältnisse[14].

2. Bei Expropriation geht das Eigenthum mit der Perfektion der Zwangsenteignung durch Hinterlegung der Entschädigungssumme von selbst auf den Expropriaten über. Die Rechte der Pfandgläubiger gehen auf die Entschädigungssumme über und die Pfandrechte an dem enteigneten Objekt erlöschen[15].

3. Besondere Bestimmungen gelten noch für die Rechte der Hypothekengläubiger bei Aufhebung des Bergwerkseigenthums[16], bei Ablösung verpfändeter Rechte[17] und bei der Flurbereinigung[18].

III. Veränderungen in dem Pfandrechte. Diese können eintreten:

1. Durch Entsagung des Gläubigers. Der Gläubiger kann

---

[10] Vgl. dazu Regelsberger § 100.

[11] H.G. § 76; Regelsberger, H.R. § 97, I. Das B.G.B. erachtet ausdrückliche Vorschriften hierüber für überflüssig. M. I. Bd. III. S. 716.

[12] Gönner, Commentar I. 562. Vgl. hieher auch Samml. VIII. 217.

[13] H.G. § 76; Regelsberger, H.R. § 70 Abs. 1; § 72 Nr. 1; Becher § 126, 26; A.M. Du Prel IV. 371. — Nach B.G.B. ist der Satz des Textes unzweifelhaft; vgl. oben § 208, 12.

[14] H.G. § 77. Für das B.G.B. vgl. die oben § 208, 12 ff. angeführten Grundsätze, die das gleiche Ergebniß liefern.

[15] Vgl. oben § 152, 110. Gedeckt durch Art. 109 E.G. z. B.G.B.

[16] Art. 160—164 Bergges.; vgl. unten § 306.

[17] S. oben § 189, A.

[18] S. oben § 140 A, 40.

unbeschadet des Bestandes seines Forderungsrechts auf die für dieses bestellte Hypothek verzichten[19]. Der Verzicht kann auch stillschweigend geschehen[20]. Ein stillschweigender Verzicht liegt weder in der Einwilligung des Gläubigers zur Bestellung einer Nachhypothek[21] noch in der Annahme eines anderen Pfandes, wohl aber in der Beschränkung der Cession auf die Forderung mit Ausschluß des Pfandrechts[22]. Ein Verzicht liegt ferner nicht in der Einwilligung des Hypothekengläubigers zur Veräußerung des Hypothekenobjekts als ganzes[23], nach bayrischem Hypothekenrecht ist jedoch ein solcher Verzicht in der vorbehaltlosen Einwilligung zur Veräußerung von Trennstücken gegeben[24].

Nach B.G.B. entsteht durch den einseitigen Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek oder die Grundschuld eine Eigenthümerhypothek oder Eigenthümergrundschuld[25]. Soll die Hypothek oder die Grundschuld durch Rechtsgeschäft unter Ausschluß des Entstehens einer Eigenthümerhypothek oder Eigenthümergrundschuld aufgehoben werden, so ist die Zustimmung des Eigenthümers und die Löschung im Grundbuch erforderlich; die Zustimmung ist dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger gegenüber zu erklären und unwiderruflich[26]. In beiden Fällen wird aber der persönliche Schuldner insoweit frei, als er ohne die Verfügung im Falle einer Befriedigung des Gläubigers aus der Hypothek hätte Ersatz verlangen können[27]. Der Verzicht kann vom Eigenthümer verlangt werden, wenn ihm eine peremtorische Einrede gegen den Hypothekanspruch zusteht[28].

2. Durch Zwangsverkauf. Bei gerichtlichem Zwangsverkaufe

[19] H.G. § 79 Regelsberger, H.R. § 97, V. Vgl. hierzu Samml. III. 24; IX. 692; Bl. XXXVII. 413; XLVII. 441. Ueber die hypothekenamtliche Behandlung des Verzichts vgl. Becher § 143 C. III. 2; § 104 B 7 Nt. 21.

[30] Vgl. Regelsberger, H.R. § 97, 17.

[21] H.G. § 79.

[22] Vgl. oben § 216, 11.

[43] H.G. § 79.

[24] H.G. § 40; über di e Veräußerung von Trennstücken vgl. oben § 210, 8 folg.

[25] Vgl. oben §§ 217, 63; § 218a, 13.

[26] § 1183, 875, 876 B.G.B. M. I. Bd. III. S. 719, 730; Haidlen S. 427.

[27] § 1165 B.G.B.; vgl. oben § 212, 34; Best S. 124, 125; Haidlen S. 413.

geht das Objekt frei von allen Hypotheken, die nicht ausdrücklich als fortbestehend darauf überwiesen werden, auf den Käufer über und es werden die nicht übernommenen Hypotheken gelöscht[29]. **Nach B.G.B. erlöschen mit dem Zuschlage zunächst nur diejenigen Hypotheken und Grundschulden, deren Gläubiger aus dem Grundstück oder aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, Befriedigung erhalten; es erlöschen aber weiter auch diejenigen, welche weder nach den Versteigerungsbedingungen noch nach besonderer Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem Ersteher des versteigerten Grundstücks bestehen bleiben sollen**[30].

3. Zeitablauf. Der Zeitablauf kann in folgender Weise von Einfluß auf die Beendigung des Pfandrechts sein:

a. Bestellung auf bestimmte Zeit. Diese gilt als Beendigungsgrund für das Pfandrecht in der Art, daß mit Eintritt des Endtermins die Wirksamkeit des Pfandrechts erlischt[31].

b. Beisetzung einer Resolutivbedingung. Das unter einer Resolutivbedingung eingetragene Pfandrecht erlischt mit Eintritt der Bedingung[32].

4. Consolidation. Da das Pfandrecht ein Recht an fremder Sache ist, so gilt der Grundsatz, daß bei Vereinigung des Eigenthums und des Pfandrechts in einer Person das letztere erlischt[33], soweit nicht Succession des Eigenthümers eintritt. **Nach B.G.B. entsteht hier stets eine Eigenthümerhypothek oder Eigenthümergrundschuld**[34].

---

[28] § 1169 B.G.B.; R.T.B. § 1152; II. E. § 1076; I. E. § 1093; M. I. Bd. III. S. 724, 725; Haidlen S. 414, 415.

[29] Bayern H.G. § 81; Subh.Ord. Art. 94; Art. 6 ff. Nov. z. Subh.-Ordn. Bestritten ist, in welchem Zeitpunkte die nach Maßgabe der Ausführung des Vertheilungsplans nicht übernommenen Hypotheken erlöschen, ob erst im Zeitpunkte der Ausführung des Vertheilungsplans so Regelsberger § 97, IV) oder schon mit dem Zuschlage (so Becher § 364 I., II. u. IV.). — Vgl. hierher auch Samml. IV. 282; VII. 74.

[30] §§ 52, 91 R.Subh.Ordn.; Best S. 125, 126.

[31] H.G. § 72. B.G.B. § 163, 158 Abs. 2; M. I. Bd. III. S. 717, 718.

[32] Das Gesetz enthält keine Bestimmung darüber Regelsberger, H.R. § 97, 18. — B.G.B. § 158; M. I. Bd. III. S. 717.

[33] H.G. § 161, 2; Regelsberger, H.R. § 97, 3; Bl. XLIII. 319.

[34] Vgl. oben § 217, 68; M. I. Bd. III. S. 717.

5. Durch Geltendmachung des Minderungsrechts von seiten des Schuldners. Sind auf Grund eines gesetzlichen generellen Hypothektitels Hypotheken auf mehreren Objekten des Schuldners eingetragen, so kann dieser verlangen, daß die Eintragung auf einen freien Güterwerth, der den Betrag der Forderung um ein Drittheil übersteigt, beschränkt wird, und die Löschung auf den übrigen Objekten beantragen [35].

6. **Die Hypothek und die Grundschuld erlöschen zwar auch nach B.G.B. durch Befriedigung des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung [36]; durch Befriedigung außerhalb der Zwangsvollstreckung entsteht aber regelmäßig eine Eigenthümerhypothek oder Eigenthümergrundschuld [37]. Bei der Rentenschuld hat die Zahlung der Ablösungssumme die gleiche Wirkung wie die Zahlung des Kapitals einer Grundschuld; das Recht zur Ablösung steht dem Eigenthümer zu, im Falle einer Gefährdung der Sicherheit in Folge einer Verschlechterung des Grundstücks auch dem Gläubiger; sonst kann ihm dieses Recht auch vertragsmäßig nicht eingeräumt werden [38]. Der Eigenthümer kann das Ablösungsrecht erst nach vorgängiger Kündigung ausüben; die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist; eine Beschränkung des Kündigungsrechts ist nur dahin zuläßig, daß der Eigenthümer nach dreißig Jahren unter Einhaltung der sechsmonatigen Frist kündigen kann. Hat der Eigenthümer gekündigt, so kann auch der Gläubiger nach dem Ablaufe der Kündigungsfrist die Zahlung verlangen [39].**

[35] Vgl. oben § 204, 15 ff. Vgl. dazu Art. 117 E.G. z. B.G.B. und oben § 204, 14.

[36] § 1181 B.G.B.; R.T.V. § 1164; II. E. § 1088; I. E. 1078, 1092; Haidlen S. 424, 425. Hier entsteht keine Eigenthümerhypothek oder Eigenthümergrundschuld. Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht die Befriedigung aus den Gegenständen gleich, auf die sich die Hypothek erstreckt. Best S. 125, 126. — Ausnahme s. § 1182 B.G.B.; hierüber s. unten § 223, 35.

[37] § 1200 Abs. 2; § 1201 B.G.B. II. E. § 1109, 1110; R.T.V. § 1183, 1184; D. S. 156.

[38] Vgl. oben § 196, 69. Ueber die Zahlungszeit bei Grundschulden s. § 1193 B.G.B. und oben § 196, 59; bezüglich des Zahlungsorts bestimmt § 1194 B.G.B. für Grundschulden Mangels abweichender Vereinbarung den Ort, an dem das Grundbuchamt seinen Sitz hat. Bei der Hypothek entscheidet die Forderung; vgl. schon oben § 196, 59. M. I. Bd. III. S. 780, 789.

7. Ist eine Hypothek oder Grundschuld zu Unrecht im Grundbuche gelöscht, so erlischt nach B.G.B. das Pfandrecht, sobald der Anspruch des Pfandgläubigers auf Aufhebung der Löschung gegen den Eigenthümer verjährt ist. Ebenso erlischt eine kraft Gesetzes entstandene Hypothek, wenn sie nicht in das Grundbuch eingetragen und der Anspruch des Berechtigten auf Eintragung gegen den Eigenthümer verjährt ist[39a].

IV. Veränderung im Forderungsrechte. Bei der accessorischen Hypothek ist mit der Beendigung des dem Pfandrechte zu Grunde liegenden Forderungsrechts ein Anspruch auf Löschung der Hypothek gegeben. Es findet dieß in folgenden Fällen Anwendung:

1. Die rechtskräftige Entscheidung über Ungültigkeitserklärung der Forderung begründet einen Anspruch auf Löschung des Eintrags[40].

2. Jede Befriedigung der Forderung durch Tilgung der Schuld begründet die Erlöschung der Hypothek[41].

3. Die Verjährung ist als Erlöschungsgrund hypothekarisch versicherter Forderungen ausgeschlossen[42]. Gegen den Inhalt des Hypothekenbuchs findet keine Verjährung statt, soweit sie den darin eingetragenen Hypotheken oder vorgemerkten Forderungen zum Nachtheile gereicht. Daher beginnt der Lauf der Verjährung gegen eine im Hypothekenbuch eingetragene Forderung erst von dem Zeitpunkt an, wo derjenige, der das Recht, die Löschung zu verlangen,

[39] § 1202 B.G.B.; II. E. § 1111; R.T.B. § 1185; D. S. 156; Haidlen S 440.

[39a] § 901 mit §§ 194 ff. B.G.B. Also nach 30 Jahren.

[40] H.G. § 165. „Wird die Löschung einer eingetragenen oder vorgemerkten Hypothek aus dem Grund verlangt, weil der Besitzer der Sache entweder die Richtigkeit der Schuld oder das Recht des Gläubigers auf eine Hypothek bestreitet, so kann die Löschung im Mangel gütlicher Ausgleichung blos auf Vorlage eines rechtskräftigen richterlichen Urtheils erfolgen."

[41] H.G. § 80. Es gehört dahin Aufhebung durch Schulderlaß, Vergleich, Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt, Compensation, Hinterlegung und Novation Exner, H.R. § 79. 80; Regelsberger, H.R. § 79. 97. III.; Becher § 143 Nt. 7; Samml. VIII. 99; XI. 771; XII. 209, 210, 230; Bl. XVIII. 409 (Annullierung des Confusionsakts); XXXIV. 360; LIII. 29; LIV. 170, 173. Bezüglich Cautionshypotheken vgl. auch Samml. II. 228; III. 16; XI. 80, 349, 725; Bl. XXXVII. 240.

[42] H.G. § 32; Regelsberger, H.R. § 40. Aehnlich § 902 B.G.B. vgl. oben § 128, 31.

behauptet, seinen Anspruch durch Protestation im Hypothekenbuche sicher gestellt hat [43].

Nach B.G.B. führt das Nichtentstehen wie das Erlöschen der Forderung zur Eigenthümerhypothek [44].

4. Amortisation.

a. Für die Löschung der im Hypothekenbuch eingetragenen Forderungen ist auch ein besonderes Amortisationsverfahren vorgeschrieben [45]. Wenn nämlich der rechtmäßige Inhaber der Hypothekforderung unbekannt ist, so kann, wenn seit der letzten auf diese Forderung sich beziehenden Handlung eine Frist von 30 Jahren verstrichen ist [46], auf Antrag des Eigenthümers nach vorgängiger Ediktalladung die Forderung, für welche sich innerhalb des gesetzten Termins kein Berechtigter gemeldet hat, für erloschen erklärt werden [47].

b. Für Inhaberhypotheken kommen die vorstehenden Grundsätze nur insoweit zur Anwendung, als nicht im Nachstehenden Besonderes bemerkt ist. Das Amortisationsverfahren ist hier nur dann zuläßig, wenn kein Vertreter der Gläubiger (Treuhänder) bestellt ist, dreißig Jahre seit dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit verstrichen sind, der Eigenthümer des Hypothekobjekts zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und sich bei der Antragstellung erbietet, den Betrag der Forderung bei dem Gerichte, bei dem das Hypothekenbuch geführt wird, unter Verzicht auf das Recht der Zurücknahme zu hinterlegen. Von der Hinterlegungspflicht sind jedoch nichteingetragene und früher als 5 Jahre vor der Erlassung des Ausschlußurtheils fällig gewordene Zinsen ausgenommen. Mit der Erlassung des

[43] H.G. § 32. „Gegen den Inhalt des Hypothekenbuches findet insoweit keine Verjährung statt, als dieselbe den eingetragenen Hypotheken oder darin vorgemerkten Forderungen zum Nachtheil gereichte. Daher kann die Verjährung einer im Hypothekenbuche eingetragenen Forderung, so lange sie darin nicht gelöscht oder von dem die Löschung nachsuchenden Berechtigten eine dießfallsige Protestation in dem Hypothekenbuche aufgenommen worden, nicht angefangen werden; dagegen kommen in Ansehung der hievon verfallenen Zinse die gesetzlichen Bestimmungen über Verjährung zur Anwendung."

[44] Vgl. oben § 217, 56. M. I. Bd. III. S. 718, 719. 521—725.

[45] H.G. § 82 mit Art. 123 Ziff. 3 A.G. z. R.C.P.O.

[46] Vgl. hiezu Samml. VI. 703; Bl. XLII. 173; E.B. XIII. 81 ff.

[47] Ueber das Verfahren vgl. Regelsberger § 98, VII. B. 2; Becher § 163, III. 4.

Ausschlußurtheils gilt der Gläubiger als befriedigt und wird die Hypothek gelöscht. Meldet sich der Gläubiger nicht binnen 30 Jahren nach Erlassung des Ausschlußurtheils, so erlischt sein Recht auf den hinterlegten Betrag und ist der Hinterleger zur Zurücknahme berechtigt[48].

c. **Nach B.G.B.[49] kann der unbekannte Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens[50] mit seinem Rechte ausgeschlossen werden:**

α. wenn der Eigenthümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt; jedoch ist die Hinterlegung von Zinsen nur dann erforderlich, wenn der Zinssatz im Grundbuch eingetragen ist, und Zinsen für eine frühere Zeit als das vierte Kalenderjahr vor der Erlassung des Ausschlußurtheils brauchen überhaupt nicht hinterlegt zu werden. Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils gilt der Gläubiger als befriedigt, sofern nicht nach den Vorschriften über die Hinterlegung die Befriedigung schon vorher eingetreten ist; die Hypothek oder Grundschuld geht auf den Eigenthümer als Eigenthümerhypothek oder Eigenthümergrundschuld über[51]; der nicht persönlich haftende Eigenthümer erwirbt auch die der Hypothek zu Grunde liegende Forderung; der dem Gläubiger ertheilte Hypotheken- oder Grundschuldbrief wird kraftlos. Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach der Erlassung des Ausschlußurtheils, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet; der Hinterleger ist dann zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat;

β. wenn seit der letzten auf die Hypothek oder Grundschuld sich beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn

---

[48] Art. 24, 25 des Ges. v. 18. März 1896 über die Inhaberpapiere (G.V.Bl. S. 180). Auch für das Aufgebotsverfahren gelten noch einige besondere Vorschriften.

[49] §§ 1170, 1171, 1192 Abs. 1 B.G.B. M. I. Bd. III S. 738—742; 762—764.

[50] §§ 836 x—cc, § 850 b R.C.P.O. (R.T.V.).

[51] Vgl. oben § 217, 67; § 218a, 14.

Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von dem Eigenthümer dem Berechtigten gegenüber durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkannt worden ist; doch kann bei der Hypothek, wenn für die Forderung eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit besteht, die Frist nicht vor dem Ablaufe des Zahlungstags beginnen. Bei Hypotheken für Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder bei Grundschulden, für die ein Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt ist, kann die Ausschließung nur erfolgen, wenn die gesetzliche Vorlegungsfrist, d. i. dreißig Jahre seit dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit, oder die von dem Aussteller in der Schuldverschreibung bestimmte Vorlegungsfrist verstrichen ist, ohne daß inzwischen die Schuldverschreibung dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch gerichtlich geltend gemacht worden ist. Ist das eine oder andere geschehen, so kann die Ausschließung erst erfolgen, wenn die Verjährung eingetreten ist, sohin erst nach Ablauf von 2 Jahren seit dem Ende der Vorlegungsfrist [52]. Mit der Erlassung des Ausschlußurtheils erlischt aber nicht die Hypothek oder die Grundschuld, sondern wird von dem Eigenthümer erworben [53].

§ 222.

III. Die Löschung.

Die allseitige Beendigung der Hypothek (Grundschuld) setzt ihre Löschung im Hypotheken(Grund)buche voraus. Die Löschung besteht in der Eintragung eines Löschungsvermerks im Hypotheken- oder Grundbuche. Nach der Reichsgrundbuchordnung gilt jedoch eine Hypothek oder Grundschuld auch dann als gelöscht, wenn bei der Uebertragung eines Grundstücks oder eines Grundstückstheils auf ein anderes Blatt die Hypothek oder Grundschuld nicht mitübertragen wird [1]. Die Löschung kann in den durch das Gesetz bestimmten Fällen auf das Ersuchen

[52] § 1188 Abs. 2 mit § 801; §§ 1195, 1192 Abs. 1 B.G.B.

[53] Vgl. oben § 217, 67; § 218a, 14.

[1] § 47 Abs. 2 R.G.B.O.

einer Behörde verfügt werden [2], setzt aber regelmäßig einen Antrag der Betheiligten voraus. Dieser kann auch von dem Gläubiger gestellt werden [3]. Die Löschung setzt, wenn sie von dem Eigenthümer beantragt wird, immer Zustimmung des Gläubigers voraus, die, wenn sie nicht freiwillig ertheilt wird, durch Klagestellung erzwungen werden kann [4]. **Nach der Reichsgrundbuchordnung darf eine Hypothek oder Grundschuld selbst auf Antrag des Gläubigers nur mit Zustimmung des Eigenthümers gelöscht werden** [5]. Durch die Löschung verliert die Hypothek ihre volle Wirksamkeit und es tritt, wenn nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, Nachrücken der nachstehenden Gläubiger ein [6]. Ist eine Löschung ohne rechtfertigenden Grund erfolgt, so kann der benachtheiligte Hypothekengläubiger von dem Unterpfandeigenthümer und nachfolgenden Hypothekengläubiger die Aufhebung der Löschung verlangen [7]. Die Aufhebung der Löschung wirkt aber materiell nur insoweit, als nicht das Oeffentlichkeitsprinzip dem in der Zwischenzeit gemachten hypothekenrechtlichen Erwerbe zu Gute kommt [8]. **Ist der Anspruch auf Aufhebung der Löschung gegen den Eigenthümer verjährt, so ist damit auch das Hypothekenrecht erloschen** [9].

---

[2] Vgl. dazu § 39 R.Gr.B.O.; § 130, 145, 146 R. Subh.Ordn.

[3] H.G. § 85 und 158; Regelsberger, H.R. § 98. § 13 Abs. 2 R.Gr.B.O.

[4] H.G. § 158, 4; Regelsberger, H.R. § 98. Die Klage des Eigenthümers auf Löschung ist die actio negatoria. Doch herrscht über die rechtliche Natur der Löschungsklage Streit. Ebenso wie hier Bl. XVIII. 13; XXXIII. 127; E.B. I. 363; XIV, 138. Nach Bl. XI. 341; XXXVII. 414; Samml. II, 299; V. 658 ist sie obligatorischer Natur. Nach Bl. XXV. 191; XXIII. 226; XXV. 191; XXIV. 4; E.B. I. 163 bald dinglicher, bald obligatorischer Natur; ähnlich Regelsberger § 98 Ziff. 3; Becher § 144, III. 3. Vgl. § 19 R. Gr. B. O. Ausnahmen enthalten die §§ 22—25 R. Gr. B. O.

[5] § 27 Abs. 1 R.Gr.B.O. Grund hierfür ist die Aufnahme der Eigenthümerhypothek und Eigenthümergrundschuld.

[6] Vgl. oben § 220, 4—6.

[7] Regelsberger § 98; Becher § 144, IV; Samml. XII. 257; Bl. LIV. 264; auch XIII. 218; XVIII. 409. Nach B. G. B. greift der Berichtigungsanspruch Platz: §§ 894—899 B. G. B.; auch § 901; vgl. oben § 128, 35.

[8] Vgl. dazu Näheres bei Regelsberger § 98, 4; Becher § 144, V; die bei Becher a. a. O. angeführten Beispiele liefern in Folge von Zahlenverschiebungen unrichtige Ergebnisse.

[9] § 901 Satz 1 B.G.B.; vgl. oben § 221, 39a.

Abschnitt 10.

Die Gesammthypothek im Besonderen[1].

§ 223.

Gesammthypothek ist die auf zwei oder mehreren selbständigen hypothekfähigen Sachen für eine der Summe nach ungetheilte Forderung eingetragene Hypothek[2]. Gleichgiltig ist, ob jede einzelne selbständige Sache auch äußerlich ein selbständiges Folium besitzt[3]. **Ebenso kann die nämliche Grundschuld des B.G.B. auf verschiedenen selbständigen Grundstücken als Gesammtgrundschuld eingetragen werden**[4]. Das Wesen der Gesammthaftung beruht darin, daß jeder selbständige Pfandgegenstand dem Gläubiger zum Zwecke seiner vollen Befriedigung ganz haftet, der Gesammtgläubiger zwar nur einmal den geschuldeten Betrag verlangen, aber aus jedem der gesammthaftenden Gegenstände nach seinem Belieben die Befriedigung des ganzen Betrags suchen kann[5]. Im Einzelnen gelten für die Gesammthypothek und die Gesammtgrundschuld folgende Sätze:

---

[1] Gönner I. 463—474, 565; III. 11—17; Lehner, Hyp.R. S. 17, 18; 128, 129; 181—198; Prior.Ordn. S. 73—81; Dürschmidt, zur Lehre von den Verbandhypotheken der deutschen Rechte 1856; Regelsberger §§ 58, 59; Becher § 145; Ortenau-Henle, Comm. z. B.Subh.Ordn. zu Art. 106 S. 343 bis 358; Hellmann, Comm. z. B.Subh.Ordn. zu Art. 126—128; Stobbe, D. Pr.R. II. S. 369, 370 mit weiteren Literaturangaben in Nt. 13. — M. I. Bd. III. S. 682—687; D. S. 223—226. Best II. S. 54—58; Hachenbuch S. 121—146; Stobbe-Lehmann § 160.

[2] § 1132 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.: (R.T.B. § 1115; II. E. § 1040; I. E. § 1071, 1078) „Besteht für die Forderung eine Hypothek an mehreren Grundstücken (Gesammthypothek), so haftet jedes Grundstück für die ganze Forderung."

[3] Vgl. dazu Becher § 145, 2; Regelsberger § 58, 2.

[4] § 1192 Abs. 1 mit § 1132 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.

[5] Becher § 145 Ziff. I. Abs. 2, 3; M. I. Bd. III. S. 682, 684, 685; § 1132 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.: „Der Gläubiger kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem Grundstücke ganz oder zu einem Theile suchen." — Dadurch daß der Gläubiger aus einem Grundstücke sich ganz befriedigt, wird weder in die Rechte der Nachhypothekare dieses Grundstücks noch in die des Eigenthümers eingegriffen. Vgl. dazu Becher a. a. O. M. I. Bd. III. S. 685, 686; deßhalb ist auch ein gesetzliches Ausgleichsverfahren unthunlich: M. I. Bd. III. S. 685, 686.

1. Für die Entstehung und den Begriff der Gesammthypothek und der Gesammtgrundschuld ist es unerheblich, ob die mehreren Verbandgegenstände den nämlichen oder verschiedene Eigenthümer haben, ob sie auf den nämlichen oder verschiedenen Folien vorgetragen sind, wenn sie nur als selbständige Gegenstände der Haftung unterworfen sind [6]. **Insbesondere ist das Personalfolium des B.G.B. geeignet, Gesammthypotheken und Gesammtgrundschulden auf einem Folium entstehen zu lassen** [7].

2. Zufolge des Spezialitäts- und des Oeffentlichkeitsprinzips entsteht die Gesammthypothek und die Gesammtgrundschuld nur durch Eintragung der Hypothek oder Grundschuld auf jedem für die betreffenden Gegenstände bestehenden oder anzulegenden Folium für den ganzen Betrag [8]. Auf jedem Folium ist die Eigenschaft der Gesammthypothek oder Gesammtgrundschuld unter Anführung der übrigen Verbandstücke zu bemerken [9]; doch ist von der Befolgung dieser Vorschrift die Entstehung der Gesammthaftung nicht abhängig; die Unterlassung hat lediglich die Wirkungen des Oeffentlichkeitsprinzips zur Folge [10].

3. Das Recht der Verzugsabtretung [11] und der Hypothekerneuerung [12] in Ansehung eines Gegenstandes kann ohne Rücksicht auf die gleich- oder nachstehenden Gläubiger und die Eigenthümer

---

[6] Becher § 145, 6; Regelsberger § 58 Abs. 4. Vgl. auch die §§ 1172, 1173, 1175, 1176 B.G.B.

[7] Vgl. § 4 R.Gr.B.O.; oben § 194, 118.

[8] Vgl. oben §§ 198, 199. Ueber die Gesammtbriefhypothek und die Gesammtbriefgrundschuld des B.G.B. wird nur ein Brief ertheilt. Sind die belasteten Grundstücke in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter gelegen, so ertheilt zwar jedes Amt für die Grundstücke seines Bezirks einen besonderen Brief; die Briefe sind aber miteinander zu verbinden. § 59 R.Gr.B.O. Für den Fall, daß eine Einheitshypothek zur Gesammthypothek wird s. §§ 63, 64 R.Gr.B.O.

[9] § 147 Abs. 1 Hyp.Ges.; § 28 Nr. 15 Instr. z. Hyp.Ges.; Becher § 145, 9; § 49 R.Gr.B.O.

[10] Becher § 145 Ziff. II. 3.

[11] Becher § 145, 26; § 880 B.G.B.

[12] Becher § 145, 27. A.M. Dürschmidt S. 63 Ziff. XV und Regelsberger § 61 Ziff 5 lit. d. Die Hypothekerneuerung im Sinne des geltenden Rechtes kennt das B.G.B. nicht.

der anderen gesammthaftenden Gegenstände auf den ganzen Haftungsbetrag ausgeübt werden.

4. Die Haftung nur des betreffenden Gegenstandes erlischt, wenn nur ein diesen Gegenstand ergreifender Erlöschungsgrund eintritt[13]. Der Gläubiger ist auch berechtigt, den einen oder anderen Gegenstand aus der Haftung zu entlassen, ohne hiebei an die Zustimmung seines Schuldners, der Nachhypothekare und der Eigenthümer der übrigen Gegenstände gebunden zu sein[14]. Der Gläubiger ist auch ohne Zustimmung dieser Personen berechtigt, den Haftungsbetrag auf die einzelnen Grundstücke in der Weise zu vertheilen, daß jedes Grundstück nur für den zugetheilten Betrag haftet[15]. Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek oder Grundschuld nur an einem der gesammthaftenden Grundstücke oder wird er nur bezüglich eines Grundstücks mit seinem Rechte ausgeschlossen, so erlischt hieran auch nach **B.G.B.** die Hypothek oder Grundschuld; es entsteht in diesen Fällen keine Eigenthümerhypothek oder Eigenthümergrundschuld[16].

Die Haftung aller Gegenstände erlischt, sobald ein allgemeiner Erlöschungsgrund eintritt. **Jedoch gelten nach B.G.B., insbesondere mit Rücksicht auf das Institut der Eigenthümerhypothek und Eigenthümergrundschuld, noch folgende besondere Sätze**[17]:

a) **Erlischt die Forderung aus irgend einem Grunde, so erwerben regelmäßig die sämmtlichen Eigenthümer der gesammthaftenden Grundstücke die Gesammthypothek gemeinschaftlich als Eigenthümerhypothek**[18]. **Jeder Eigen-**

---

[13] Regelsberger § 58 Abs. 4; Becher § 145, 23.

[14] Becher § 145, 24; Dürschmidt S. 58 Ziff. II.; Ortenau S. 354 Nt. 2 lit. a. A. M. besonders Regelsberger § 59 Ziff. II.; Samml. I. 439. Das B.G.B. steht offenbar auf dem Standpunkte des Textes; vgl. § 1175 Abs. 1 Satz 2 B.G.B., dazu auch § 27 R.Gr.B.O.

[15] Er kann also die Gesammthypothek oder Gesammtgrundschuld in Einzelhypotheken oder Einzelgrundschulden zerlegen: § 1132 Abs. 2 B.G.B.; Haidlen S. 372. Bei der Briefhypothek oder Grundschuld ist dann für jedes Grundstück ein neuer Brief zu ertheilen. § 64 R.Gr.B.O.

[16] § 1175 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 B.G.B.; R.T.B. § 1158; II. E. § 1082.

[17] Ueber die Eigenthümerhypothek bei Gesammthypotheken vgl. Best S. 113—115.

[18] § 1172 Abs. 1 mit § 1163 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.; R.T.B. § 1155; II. E. § 1079.

thümer kann aber, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist, verlangen, daß die Hypothek an seinem Grundstück auf den Theilbetrag, der dem Verhältnisse des Werthes seines Grundstücks zu dem Werthe der sämmtlichen Grundstücke entspricht, beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugetheilt werde; der Werth wird unter Abzug der Belastungen berechnet, die der Gesammthypothek im Range vorgehen[19]. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger auf die Gesammthypothek oder Gesammtgrundschuld an sämmtlichen Grundstücken verzichtet oder in Ansehung aller gesammthaftenden Grundstücke im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen wird[20], ferner wenn die Forderung, für welche die Gesammthypothek bestellt ist, gar nicht zur Entstehung gelangt[21] oder insolange bei einer Briefhypothek oder Briefgrundschuld der Brief dem Gläubiger nicht übergeben ist[22].

b) Befriedigt der nicht persönlich haftende Eigenthümer eines der gesammthaftenden Grundstücke den Gläubiger oder wird das Gläubigerrecht auf einen solchen Eigenthümer übertragen oder vereinigt sich Forderung und Schuld in der Person eines solchen Eigenthümers, so erwirbt er nur die an seinem Grundstücke bestehende Hypothek (Grundschuld); die Hypothek (Grundschuld) an den übrigen Grundstücken erlischt. Nur wenn der Eigenthümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigenthümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigenthümers Ersatz verlangen kann, geht in der Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek (Grundschuld) an dem Grundstücke dieses Eigenthümers auf ihn über, bleibt aber mit der Hypothek (Grundschuld) an seinem eigenen Grundstücke Gesammthypothek[23].

c) Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläu-

---

[19] § 1172 Abs. 2 B.G.B.; Haidlen S. 420.

[20] § 1175 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 mit § 1172 Abs. 2 B.G.B. Vgl. dazu oben § 221, 49 ff.

[21] § 1172 mit § 1163 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.

[22] § 1172 mit § 1163 Abs. 2 B.G.B.

[23] § 1173 B.G.B.; T.T.B. § 1156; II. E. 1080; I. E. § 1004; M. I. Bd. III. S. 729, 730; Haidlen S. 420.

biger oder vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person des persönlichen Schuldners, so geht, wenn der Schuldner nur von dem Eigenthümer eines der Grundstücke oder von einem Rechtsvorgänger dieses Eigenthümers Ersatz verlangen kann, auch nur die Hypothek an diesem Grundstück auf ihn über, während sie an den übrigen Grundstücken erlischt. Ist dem Schuldner nur theilweise Ersatz zu leisten und geht deßhalb die Hypothek nur zu einem Theilbetrag auf ihn über, so hat sich der Eigenthümer diesen Betrag auf den ihm nach lit. a gebührenden Theil des übrig bleibenden Betrags der Gesammthypothek anrechnen zu lassen [24].

In allen diesen Fällen kann, wenn die Hypothek oder die Grundschuld nur in Ansehung eines Theilbetrags einem der Eigenthümer oder dem persönlichen Schuldner zufällt, diese Theilhypothek oder Theilgrundschuld nicht zum Nachtheile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek oder Grundschuld geltend gemacht werden [25].

Die Grundsätze über die Verwandlung der Eigenthümerhypothek in eine Eigenthümergrundschuld kommen hier in gleicher Weise wie bei der Einzelhypothek zur Anwendung [26].

5. Zu Gunsten der einzelnen Gegenstände besteht Mangels besonderer Vereinbarung weder ein Theilungsprivileg noch ein Recht auf Vorausklage [27]. Der Gläubiger hat daher die freie Wahl, welche Gegenstände er zur Befriedigung heranziehen, ob er aus einem Gegenstande ganz oder nur theilweise Befriedigung suchen will [28]. Kommt es zur Zwangsversteigerung mehrerer gesammthaftender Gegenstände im gleichen Verfahren, so wird nach geltendem Rechte allerdings zunächst gegen den Willen des Gesammtgläubigers die Haftung für die Hypothekforderung auf die einzelnen beschlagnahmten Gegenstände nach ihrer Anzahl vertheilt; deckt jedoch der Erlös eines der Gegenstände den ausgeschlagenen Betrag nicht, so wird der Fehlbetrag auf die übrigen Gegenstände wieder nach ihrer Anzahl

---

[24] § 1174 B.G.B.; R.T.B. § 1157; II. E. § 1082.

[25] § 1176 B.G.B. Vgl. oben § 217, 76.

[26] § 1177 B.G.B. Vgl. oben § 217, 74.

[27] Vgl. hierzu die Bemerkungen Becher's § 145, 3—5; Ziff. II. 4.

[28] Becher § 145, 10; Dürrschmidt S. 58, 59; Ortenau zu Art. 106 Nt. 2 lit. a; Regelsberger § 79, C; Bl. XLI. 139. B.G.B. § 1132 Abs. 1 Satz 2; vgl. oben Nt. 5.

ausgeschlagen [29]. **Auch das künftige Reichsrecht steht auf einem ähnlichen Standpunkt; es hält auch im Zwangsversteigerungsverfahren an der Berechtigung des Gläubigers fest, nach Wahl volle Befriedigung aus dem einen oder anderen gesammthaftenden Gegenstande zu verlangen [30]; macht indessen der Gläubiger von dieser Befugniß keinen Gebrauch, so wird der Betrag der Haftung auf die einzelnen im gleichen Verfahren versteigerten gesammthaftenden Grundstücke nach dem Verhältnisse der Erlöse, die unter**

[29] Art. 106 Subh.Ordn.: „Die Befriedigung einer Hypothekforderung, welche mit ungetheilter Summe auf mehreren zur Versteigerung gebrachten Gegenständen eingetragen ist, geschieht in der Art, daß der Betrag dieser Forderung auf die bezeichneten Gegenstände zu gleichen Theilen ausgeschlagen und sofort bei Vertheilung der Kaufschillinge so verfahren wird, als ob auf jedem dieser Gegenstände nur die für denselben sich berechnende Quote eingetragen wäre. Reicht der Verkaufspreis des einen oder andern der erwähnten Gegenstände zur Bezahlung der auf denselben treffenden Quote nicht hin, so ist diese Quote, soweit sie unbefriedigt geblieben, auf die übrigen für die nämliche Forderung hypothecirten Gegenstände nach dem in Abs 1 bezeichneten Verhältnisse weiter zu vertheilen und den auf diese Gegenstände bereits repartirten Quoten beizuschlagen." An diese Vorschrift hat sich eine große Streitfrage geknüpft. Nach Ansicht des bayr. obst. L.G. soll Art. 106 Subh.-Ordn. einen allgemeinen, nicht blos auf die Zwangsvollstreckung beschränkten Grundsatz enthalten, demzufolge insbesondere die geschädigten Nachhypothekare, falls das ihnen verpfändete Hypothekenobjekt über seinen Antheil hinaus zur Deckung der Gesammthypothek hat beitragen müssen, namentlich auch in analoger Anwendung des § 58 Hyp.Ges. berechtigt sein sollen, von den Eigenthümern der beschlagnahmten, aber unversteigert gebliebenen wie auch der anderen gesammthaftenden Gegenstände den entsprechenden Verbandsbeitrag zu fordern (Samml. II. 473; XI. 169; ebenso Regelsberger § 59 A). Der Ausschußbericht zur Nov. z. Subh.Ordn. in Verh. d. K. d. Abg. 1886 Beil. Bd. IX. S. 141 will diese Verbandbeiträge sogar als Bestandtheile der Masse ansehen. Dagegen jedoch mit Recht unter eingehender Begründung Ortenau-Henle zu Art 106 Nt. 26 und Becher § 145 Ziff. II. 4. — Ueber den Ansatz der Gesammthypotheken im Mindestgebote s. Art. 2 Nov. z. Subh.Ordn; Becher § 281 S. 1414 lit. f. S. 1416 Ziff. 3.

[30] § 1132 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. enthält das gerade für die Zwangsvollstreckung geltende Prinzip; daher § 122 Abs. 1 Satz 1 R.Subh.Ordn.: „Sind mehrere für den Anspruch eines Betheiligten haftende Grundstücke in demselben Verfahren versteigert worden, so ist, unbeschadet der Vorschrift des § 1132 Abs. 1 Satz 2 B.G.B., bei jedem einzelnen Grundstücke nur ein nach dem Verhältnisse der Erlöse zu bestimmender Betrag in den Theilungsplan aufzunehmen."

Abzug der dem Anspruche des Gesammtgläubigers vorgehenden Ansprüche zu berechnen sind, vertheilt[31]; unterbleibt die Zahlung eines hiernach auf den Anspruch des Gläubigers zugetheilten Betrags, so wird der nichtgezahlte Betrag jedem der auf die anderen Grundstücke ausgetheilten Beträge zugeschlagen[32]. Insoweit Befriedigung aus einem Gegenstand erfolgt, werden auch die übrigen Gegenstände von der Haftung frei[33]. Ob der Eigenthümer des die Befriedigung gewährenden Gegenstandes von den Eigenthümern der anderen Gegenstände Ersatz verlangen kann, bemißt sich im geltenden Rechte nach § 58 des Hypothekengesetzes[34], **im B.G.B. nach den bestehenden besonderen Rechtsverhältnissen; insoweit ein Ersatzanspruch begründet ist, geht nach B.G.B. die Hypothek oder Grundschuld an dem Grundstücke des ersatzpflichtigen Eigenthümers auf den ersatzberechtigten Eigenthümer über; doch kann die Hypothek oder Grundschuld, wenn der Gläubiger nur theilweise befriedigt wird, nicht zum Nachtheile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek oder Grundschuld, und wenn das Grundstück mit einem im Range gleich- oder nachstehenden Rechte belastet ist, nicht zum Nachtheile dieses Rechtes geltend gemacht werden[35].**

6. Im Uebrigen gelten auch für die Gesammthypotheken und die Gesammtgrundschulden die für die Einheitshypotheken und die Einheitsgrundschulden geltenden Sätze.

---

[31] § 122 Abs. 1 R.Subh.Ordn. Vgl. hierzu Henle in der deutschen Not.-Zeit. 1897 S. 84.

[32] § 122 Abs. 2 R.Subh.Ordn.: „Unterbleibt die Zahlung eines auf den Anspruch des Betheiligten zugetheilten Betrags, so ist der Anspruch bei jedem Grundstück in Höhe dieses Betrags in den Plan aufzunehmen." Dieser Betrag hat dann die Eigenschaft der Gesammthypothek oder Gesammtgrundschuld, die übrigen vertheilten Beträge haben die Eigenschaft einer Einzelhypothek oder Einzelgrundschuld. Vgl. dazu schon über die Festsetzung des Mindestgebots § 64 R.Subh.Ordn. und dazu D.S. hierzu S. 82—85. — Zu berücksichtigen ist noch § 123 R.Subh.Ordn.

[33] § 1181 Abs. 2, 3 B.G.B. R.T.B. § 1164; II. E. § 1088; I. E. § 1078. Der Befriedigung aus dem Grundstücke steht die Befriedigung aus den Gegenständen gleich, auf die sich die Hypothek oder Grundschuld erstreckt.

[34] Becher § 145, 22.

[35] § 1182 B.G.B.; R.T.B. § 1165; II. E. 1089; Best S. 125, 126; Haidlen S. 428.

Titel II.

Pfandrecht an Mobilien [1].

§ 224.

Allgemeines.

Nach älterem Deutschem Rechte [2] war die Bestellung eines Pfandrechts an Mobilien nur in der Form der Faustverpfändung zuläßig [3]; es gab weder stillschweigende (gesetzliche) Pfandrechte [4] noch Generalpfandrechte [5]. Der Gläubiger hatte die Verpflichtung, die Sache zu bewahren [6], und haftete nach älterem Rechte auch für

---

[1] Vgl. Stobbe, P.R. § 155; Stobbe-Lehmann §§ 164—166; v. Gerber-Cosack §§ 173—176; Förster Eccius §§ 196, 197; Dernburg, Pr. P.R. I. §§ 354—360; Roth, D. Pr.R. §§ 323—326; Becher § 96; Regelsberger, H.R. § 11; Lang, S.R. § 197—208; Müller, Pf.R. § 103—130. Demelius, das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht mit besonderer Berücksichtigung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Wien, Leipzig 1897. Ueber das kaufmännische Pfandrecht vgl. Laband, Z. f. H.R. IX. 225. 425; Goldschmid, H.R. I. 872. 883. 951; Thöl, H.R. § 314; Endemann, H.R. II. § 176. — B.G.B. §§ 1204—1272; M. I. Bd. III. S. 796—851; D.S. 231—240; Haidlen S. 441 ff.; Reatz S. 581—603; Cosack S. 69—84; Jakubezky S. 289—295; d. Not.Zeit. 1896 S. 148—173; Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zum I. E. gefertigt im Reichsjustizamte Bd. II. S. 124, 125; III. S. 373—406; VI. S. 583—585; Bem. des K. Preuß. Just.Min. z. I. E. S. 230, 231; der Großh. Mecklenburg-Schwerin'schen Regierung S. 291 bis 296; des Großh. Hessischen Min. z. I. E. S. 162, 163; Bunsen II. §§ 60—66; Stobbe-Lehmann §§ 167—172; v. Buchka, vergl. Darstellung des B.G.B. und des gemeinen Rechtes, S. 238—356.

[2] Stobbe, P.R. § 154; Stobbe-Lehmann § 164, wo auch Note 1 die einschlägige Literatur angeführt ist.

[3] Albrecht Gewere 122, 78. Die von Meibom, Pf.R. 410 aufgestellte Ansicht, daß das ältere Deutsche Recht auch Hypotheken (neuere Satzung) an Mobilien zugelassen habe, entbehrt der Begründung s. Stobbe in Krit. V.Schr. IX. 316 und P.R. § 154, 6; Stobbe-Lehmann § 164, 6.

[4] Stobbe, P.R. § 154, 4; Stobbe-Lehmann § 164, 4.

[5] Vgl. oben § 192, 41.

[6] Stobbe, P.R. § 154, 15; Stobbe-Lehmann § 164, 17. Das Recht der Benützung stand ihm Mangels besonderer Verabredung nicht zu Stobbe, P.R. § 154, 16; Stobbe-Lehmann § 164, 18.

den Zufall [7], später nur für Verschulden [8]. Für die Geltendmachung bei Fälligkeit der Forderung finden sich in den Statuten zwei Richtungen. Nach der einen Klasse wurde das Pfand dem Gläubiger, nachdem er den Schuldner zur Einlösung vergeblich aufgefordert hatte, gerichtlich zum Eigenthume zugeschlagen [9]; nach der anderen Klasse wurde der Gläubiger, nachdem er den Schuldner zur Einlösung vergeblich aufgefordert hatte, zum außergerichtlichen Verkauf ermächtigt, wobei er die Hyperocha herauszugeben hatte und einen Anspruch auf Ersatz des durch den Verkauf nicht gedeckten Betrags der Forderung geltend machen konnte [10].

Mit der Reception des römischen Rechtes wurden dessen Grundsätze auch für die Verpfändung von Mobilien maßgebend und für diese also auch die Verpfändung durch Hypothekenbestellung [11], die Bestellung eines Generalpfandrechts [12] und die Unterwerfung unter die gesetzlichen Pfandrechte zuläßig. Die neuere Rechtsentwicklung hat indessen theils in Folge von Specialgesetzen [13], theils in Folge der neueren Hypothekengesetze, welche theils die General-

[7] Stobbe, P.R. § 154, 19; Stobbe-Lehmann § 164, 21; Haubold, P.R. § 212a.

[8] Stobbe, P.R. § 154, 22; Stobbe-Lehmann § 164, 24.

[9] Meibom, Pf.R. 332—338; Planck, Gerichtsverfahren II. 337; Stobbe, P.R. § 154, 25; Stobbe-Lehmann § 164, 28. Die Hyperocha hatte der Gläubiger hier nicht herauszugeben, hatte aber auch keinen Anspruch auf Ersatz des durch den Werth des Pfandes nicht gedeckten Betrags der Forderung. Diese Form findet sich im Rechtsbuche nach Distinktionen und im Freiburger und Goslarer Stadtrecht ausgebildet.

[10] Meibom, Pf.R. 338; Planck, Gerichtsverfahren II. 338; Stobbe, P.R. § 154, 36; Stobbe-Lehmann § 168, 29. Es findet sich dieß namentlich im Magdeburger Rechte und in den Stadtrechten von Hamburg und Lübeck. Meibom, Pf.R. 338 hält es für eine spätere Stufe der Entwicklung.

[11] Nach Stobbe, P.R. § 154, 11, Stobbe-Lehmann § 164, 11 war schon seit dem 15. Jahrhundert Hypothekenbestellung an Mobilien mit dinglicher Wirkung zuläßig.

[12] Schon nach gemeinem Rechte ist es bestritten, ob der Eigenthümer durch das Generalpfandrecht bei der Veräußerung von Vermögensgegenständen an die Einwilligung des Gläubigers gebunden sei s. Dernburg, Pf.R. I. § 65, 11; Goldschmidt, H.R. (1) I. 951, 10. Manche deutsche Landesrechte haben die verneinende Meinung recipirt s. Stobbe, P.R. § 108, 50; andere haben dieß jedoch bejaht, so das ältere Sächsische Recht Haubold, P.R. § 202d; Heimbach, P.R. § 213, 8, und Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 1; s. auch die oben § 83 66 citirten Statuten.

[13] S. diese Roth, D. P.R. § 323, 17 ff.

pfandrechte beseitigen[14], theils die Hypothekenbestellung auf Immobilien beschränken[15], die Hypothekenbestellung an Mobilien in den meisten Rechtsgebieten beseitigt[16].

Die Rechtsentwicklung in Bayern insbesondere gestaltete sich in folgender Weise. Das bayrische Hypothekengesetz hatte den Grundsatz der Publicität nicht für die Verpfändung von Immobilien in vollem Umfange durchgeführt, sondern auf die Entstehung von Hypotheken beschränkt[2]; nach bayrischem Rechte konnte daher noch unter der

---

[14] Es ist dieß die Folge des in allen neueren H.O. ausgesprochenen Grundsatzes, daß nur Specialhypotheken in die Hypothekenbücher eingetragen werden dürfen, oben § 199, 4; vgl. auch oben § 83, 67.

[15] Vgl. oben § 200, 4.

[16] Die Rechtsgebiete, in denen dieß nicht der Fall war, sind in den Motiven zu K.O. § 40 aufgeführt.

[2] Ganz unzweideutig ist dieß ausgesprochen von Gönner, Comment. I. 102: „. . . sollte man also für ein System, worin das Pfand nur bei beweglichen Sachen und durch deren körperliche Uebergabe, die Hypothek aber nur bei unbeweglichen Sachen und durch die Eintragung in das öffentliche Buch stattfindet, das Unterpfand als Gattungsbegriff, und nach diesem seine beiden Arten zeichnen, so müßte die Redaktion unstreitig sagen: Unterpfand ist das dingliche Recht eines Gläubigers an einer fremden Sache zur Sicherheit seiner Forderung (definitio generis, auf welche dann die definitiones specierum folgen): besteht das Unterpfand in einer beweglichen Sache, welche dem Gläubiger zur Sicherheit übergeben wird, (oder: wird dem Gläubiger zur Sicherheit eine bewegliche Sache übergeben) so ist es ein Pfand: besteht es in einer unbeweglichen Sache, und wird es in das öffentliche Buch eingetragen (oder: wird das Unterpfand auf eine unbewegliche Sache in das öffentliche Buch eingetragen) so ist es eine Hypothek. Wenn nun ein Recht gezeichnet werden soll, welches nur eine Species ist, das Gesetz aber die andern Species nicht behandelt, also auch den Gattungsbegriff nicht aufstellen kann, so ist es ein Gebot der Logik, daß die Merkmale der Gattung mit den Merkmalen der Art (praedicata generis cum praedicatis speciei) in dem Begriffe verbunden werden müssen Dieser Fall liegt vor, das Gesetz hat nur die Hypotheken als Species zum Gegenstand; da nun keine Hypothek ohne Eintragung in das öffentliche Buch existirt, so ist der Begriff der Hypothek nur dann vollständig und logisch richtig, wenn er dieses Merkmal in sich hat, und es ist in dem Begriff ebenso wesentlich als das Merkmal der unbeweglichen Sache, wenn nur diese der Gegenstand einer Hypothek sein kann; denn beide Merkmale bedingen mit gleicher Wirkung das Dasein des dinglichen Rechts, welches wir im Gegensatz aller andern mit dem Namen Hypothek bezeichnen. Oder glaubte man etwa, den Begriff des Pfands ohne das Merkmal der Uebergabe richtig gezeichnet zu haben?" Dieß ist anerkannt Erk. 25/10 62 Bl. XXVII. 405. Das Vorstehende gilt indessen nicht in dem Gebiete des Preußischen Landrechts. Dieses läßt I. 20. 71 das Pfandrecht im engern Sinne (pignus) zwar

Herrschaft des Hypothekengesetzes ein Faustpfandrecht auch an Immobilien bestellt werden und zwar theils in der Form der bloßen Besitzeinräumung (pignus), theils in der des antichretischen Vertrags [3]. Dagegen war für Mobilien und Rechte, soweit die ersteren

---

auch an Immobilien zu, schreibt jedoch ebenda § 100 die Eintragung in das Hypothekenbuch vor, die in Bayern nicht zuläßig war, so daß also in dem Gebiete des Preußischen Landrechts ein pignus an Immobilien nicht bestellt werden konnte vgl. oben § 192, 90.

[3] Die Auffassung Gönners in seinem Commentar zum H.G. ist ganz zweifellos die oben angeführte. Er bestimmt vor allem Comment. I 81 den Unterschied von Pfand und Hypothek nach bayrischem Rechte dahin, daß das Pfand nur durch Uebergabe, die Hypothek nur durch Eintragung entstehe und daß ersteres sowohl bewegliche als unbewegliche Sachen, die letztere nur Immobilien zum Gegenstande habe, constatirt Comment. I. 103 und 109, daß sich das bayrische Hypothekengesetz nur auf die Verpfändung in der Form der Hypothekenbestellung, nicht aber die Pfandbestellung mit Besitzeinräumung beziehe, und bestimmt dann Comment. I. 159 das Verhältniß der beiden Institute in folgender Weise: „. . . ist noch größere Vorsicht nothwendig in einem Gesetz, welches das Hypothekenrecht allein und getrennt vom übrigen Pfandrecht behandelt. Seine Aufgabe ist zu bestimmen, daß das Grundpfand als ein besonderes Institut neben den Hypotheken bestehe. . . Alles dieses richtig und erschöpfend und mit der nothwendigen Kürze auszudrücken, ist eine schwere Aufgabe der Redaction. Die Bestimmung tritt zwischen zwei Institutionen in die Mitte, sie berührt auf der einen Seite das neue Hypothekeninstitut, auf der andern Seite das bisherige Grundpfand; die Redaction wird also, um ihre Aufgabe ganz zu lösen, die Richtung nach beiden Seiten nehmen müssen, und nach dieser Ansicht war im Entwurf v. J. 1819 die Stelle in folgender Art abgefaßt: „Selbst dadurch, daß dem Gläubiger der Besitz der Sache oder deren Nutzungsrecht eingeräumt wird, erhält derselbe ohne Eintragung in das Hypothekenbuch keine Hypothek, sondern bloß die Rechte des Faust- oder Nutzungspfands. — Bei der nachherigen Prüfung hielt man die mehr negative Bestimmung, daß er keine Hypothek erlange, für entbehrlich, dagegen aber die darauf folgende positive Bestimmung, daß er bloß die Rechte des Faust- oder Nutzungspfands erhalte, für nothwendig; die Prioritätsordnung § 21 gab mit der Bestimmung, daß das Faust- oder Nutzungspfand den Hypotheken nachgehe, aber vor andern Gläubigern den Vorzug in der dritten Classe begründe, dem ganzen die nothwendige Haltung und Vollständigkeit. — Die Stände haben für besser gehalten, die positive Bestimmung zu umgehen, und dafür aus dem Entwurf v. J. 1819 die negative allein aufzunehmen. Die amtlich bekannt gemachten Verhandlungen geben über den Grund dieser Abänderung keinen Aufschluß. Daß sie nicht wesentlich sei, leuchtet aus der Sache selbst ein; denn nirgends hat das Gesetz verboten, unbewegliche Sachen zum Pfand zu geben; vielmehr spricht die Prioritätsordnung § 21 diesem ein Vorzugsrecht jedoch erst in der dritten Klasse nach den Hypotheken zu, und dieser

nicht die Eigenschaft als Pertinenzen von Hypothekobjekten [4], die letzteren die Eigenschaft von Hypothekobjekten [5] oder von Bestandtheilen solcher hatten, die Verpfändung mit Besitzeinräumung die ausschließliche Art der Pfandbestellung [6]. Mit dieser Beschränkung kamen die früheren civilrechtlichen Bestimmungen über die Verpfändung durch Besitzeinräumung in der Hauptsache [7] auch unter der Herrschaft des Hypothekengesetzes noch zur Anwendung und es war weder durch die Bestimmungen der Prioritätsordnung [8] noch durch die der Prozeßordnung von 1869 [9] eine einheitliche Gestaltung

Vorzug kommt unter den Gläubigern nicht blos in sondern auch außer dem Confurse zur Anwendung; daher besteht das Verhältniß des Grund- oder Nutzungspfands nach dem Hypothekengesetz unter Rückblick auf dasjenige, was hierüber schon Seite 109 und 133 bemerkt wurde, in Folgendem: 1) das Grund- oder Nutzungspfand bleibt nach den bisherigen Civilgesetzen giltig, als ein eigenes Institut, nicht als ein Rechtstitel zur Hypothek, dem noch die Eintragung in das öffentliche Buch hinzukommen müßte. Es erhält seine Perfektion durch die wirkliche Uebergabe der Sache, ohne Rücksicht auf die Inscription." Ebenso sagen die Motive zum H.G. S. 35: „Der zweite Absatz des § 10 zeigt, daß und wie das Hypothekenrecht, getrennt von dem übrigen Pfandrechte, aufgestellt und eingeführt werden kann. Für das Hypothekenrecht genügt die Bestimmung, daß das Grund- und Nutzungspfand (antichresis) ohne Eintragung in die Hypothekenbücher die Wirkungen einer Hypothek nicht habe, sondern nur die Rechte des Faust- oder Nutzungspfandes hervorbringe, die in den Civilgesetzen auf verschiedene Weise bestimmt sind. Daß sie sowohl in als außer dem Confurse den Hypotheken nachgehen müssen, folgt aus den Bestimmungen des § 64—70, woselbst die Grund- und Nutzungspfänder stillschweigend von der Immobiliar-Masse und dem darauf ruhenden Separationsrechte der Hypothekargläubiger ausgeschlossen sind."

[4] Vgl. oben § 200, 23.

[5] Vgl. oben § 200, 11 ff.

[6] Gönner, Comment. I. 109. Es ist dieß die natürliche Consequenz der Aufhebung aller generellen und gesetzlichen Pfandrechte.

[7] Ueber die Modifikationen, welche schon durch die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs theils allgemein theils nur für den handelsrechtlichen Verkehr gegeben waren vgl. unten § 225 C Ziff. II. 2.

[8] Prioritätsordnung 1822, § 21: „In die dritte Classe gehören: 1) Diejenigen, welche ein Faust- oder Nutzungspfand erhalten haben und dieses bei Eröffnung des Confurses noch besitzen, soweit der Werth der verpfändeten zur Confursmasse einzuliefernden Sache zur Zahlung hinreicht." Die Fassung dieser Bestimmung hat Veranlassung zu der Meinung gegeben, daß sie für das Rechtsverhältniß des pignus überhaupt maßgebend und demnach das constitutum possessorium beim Faustpfand allgemein ausgeschlossen sei, wofür sich jetzt auch die Praxis unseres O.G.H. entschieden hat vgl. unten § 225, 62.

[9] Die Vorschriften der Prozeßordnung über die Geltendmachung des Faust-

herbeigeführt worden. Erst durch Art. 124 des B.A.G. z. R.C.P.O. wurde die Bestellung eines Besitz- oder Nutzungspfandrechts an unbeweglichen Sachen und Rechten, die Gegenstand der Hypothekenbestellung sein können, verboten. Der jetzige Rechtszustand in Bayern ist demnach der, daß an unbeweglichen Sachen und hypothekenfähigen Rechten nur Hypotheken, an beweglichen Sachen nur Faustpfandrechte als selbständige Pfandrechte begründet werden können.

Das B.G.B. ist der neueren Rechtsentwickelung gefolgt und kennt demnach an beweglichen Sachen keine Hypothek, sondern nur ein Besitzpfandrecht[10]; nur das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe wird als moderne Hypothek behandelt[11] und unterliegt daher in gewissem Umfang auch den für die Hypotheken geltenden Grundsätzen der Publicität[12] und Specialität[13].

§ 225.

I. Begründung.

Für die Begründung des Faustpfandrechts gelten folgende Grundsätze:

A. Gegenstand.

Gegenstand des Faustpfandrechts sind körperliche bewegliche Sachen. Verpfändbar sind alle beweglichen Sachen, die dem Ver-

---

pfandrechts haben nicht mit Beseitigung der entgegenstehenden Bestimmungen ein einheitliches Recht für die Pfandveräußerung geschaffen, sondern nur die Grundsätze einzelner Rechte dem neuen Verfahren angepaßt.

[10] Vgl. § 1205 B.G.B.

[11] D. h. das Pfandrecht kommt nur durch Eintragung in das Schiffsregister zur Entstehung: § 1260 B.G.B.; s. unten § 225, 43.

[12] Vgl. § 1260 B.G.B., wonach die Bestellung des Pfandrechts nur durch Eintragung in das Schiffsregister erfolgen kann, § 1261, wonach für die Rangverhältnisse der Rechte am Schiffe die §§ 879—881, 1151 gelten, § 1262, wonach das eingetragene, § 1263, wonach das zu Unrecht gelöschte, aber durch Widerspruch gesicherte Pfandrecht auch gegen den gutgläubigen Erwerber des Schiffes oder eines Pfandrechts geschützt ist.

[13] § 1260 Abs. 2 B.G.B., wonach in der Eintragung Geldbetrag der Forderung und Zinssatz angegeben werden müssen. § 1264 B.G.B., wonach die Haftung des Schiffes sich auf den eingetragenen Forderungsbetrag und die eingetragenen Zinsen beschränkt; § 1271, wonach wenigstens der Höchstbetrag der Haftung eingetragen werden muß.

kehre nicht entzogen sind [1], auch fungible Sachen [2]. Bei Verpfändung einer Sachgesammtheit sind die einzelnen Stücke verpfändet [3]. Bei Sachgesammtheiten, bei welchen die einzelnen Stücke zur Veräußerung bestimmt sind, treten die einzelnen Stücke mit der Veräußerung aus dem Pfandnexus, während die zur Ergänzung angeschafften Stücke von selbst in den Pfandnexus eintreten [4]. Zuläßig ist die Verpfändung des ideellen Theiles einer Sache [5]. **Nach B.G.B. erstreckt sich das Pfandrecht auch auf die Erzeugnisse, die von dem Pfande getrennt werden [6], das Pfandrecht an einem Schiffe auch auf das Zubehör des Schiffes mit Ausnahme der Zubehörstücke, die nicht in das Eigenthum des Eigenthümers des Schiffes gelangt sind; auf die Befreiung von der Haftung finden die für die Hypotheken geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung [7].**

[1] l. 3. 6. Cod. 8. 17. B.G.B. § 1204 (R.T.B. § 1187; II. E. § 1113; I. § 1145); „Eine bewegliche Sache kann zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden, daß der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen." Dazu § 90 B.G.B., wonach unter Sachen nur körperliche Gegenstände zu verstehen sind. Vgl. ferner oben § 131, 36; § 135, 22. Den beweglichen Sachen stehen Inhaberpapiere gleich Roth, D. P.R. § 324, Art. 309 H.G.B.; § 1209 B.G.B.; Besonderheiten enthalten nur die §§ 1294—1296 B.G.B. Auch Schiffe sind verpfändbar. Sind sie in das Schiffsregister eingetragen, so finden nach § 1266 B.G.B. die §§ 1205—1257 insoweit keine Anwendung als sich daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz des Schiffes erlangt (s. unten Nt. 43), Abweichungen ergeben.

[2] Ueber die Verpfändung von Geld vgl. Windscheid § 226a, 3; Dernburg, Pf.R. I. 429. Gerichtliche Pfändung von Geld gilt als Zahlung D. C.Pr.O. § 716.

[3] Förster Eccius § 192, 37. Das B.G.B. kennt Sachgesammtheiten überhaupt nicht; vgl. oben § 135, 50.

[4] Windscheid § 226a, 4; Dernburg, Pr. P.R. I. § 356, 2; Förster Eccius § 192, 37.

[5] Dernburg, Pf.R. I. 430; Pr. L.R. I. 17. 69. Nach B.G.B. jedoch nur seitens eines Miteigenthümers hinsichtlich seines Antheils: arg. § 1258 B.G.B. (R.T.B. § 1241; II. E. § 1165; I. E. § 1184); M. I. Bd. III. S. 800, 834. Ueber die Verpfändung einer Schiffspart s. § 1272 B.G.B.; sie wird entsprechend der Verpfändung eines Schiffes behandelt.

[6] § 1212 B.G.B.; R.T.B. § 1195; II. E. § 1121; I. E. § 1150.

[7] § 1265 mit §§ 1121, 1122 B.G.B.; vgl. oben § 208, 9.

B. Voraussetzungen.

1. Der Verpfänder muß die Befugniß haben, über die Sache zu verfügen[8]. Die Verpfändung einer fremden Sache ist ungültig; sie wird aber nachträglich gültig, wenn der Eigenthümer sie genehmigt[9], wenn der Verpfänder später Eigenthümer der Sache wird[10] oder wenn der Eigenthümer ihn beerbt[11], **nach B.G.B. jedoch hier nur dann, wenn der Berechtigte für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet**[12].

Eine Ausnahme ist schon nach geltendem Rechte begründet bei der Verpfändung von Papieren auf den Inhaber[13] und bei der Verpfändung von Waaren und anderen beweglichen Sachen, welche ein Kaufmann in seinem Handelsbetriebe vornimmt[14]; an solchen Gegenständen erwirbt der redliche Erwerber ein Pfandrecht, auch wenn die Verpfändung vom Nichteigenthümer ausgeht; ferner für Leihhäuser und Creditinstitute, welchen vielfach durch Privilegium das Recht eingeräumt ist, daß sie die von Nichteigenthümern verpfändeten Gegenstände nur gegen Lösung herauszugeben haben[15]. **Nach B.G.B. erwirbt der gut=**

---

[8] l. 2 D. 13. 7; Bayr. L.R. II. 6. 6 Nr. 3; Pr. L.R. I. § 20. 15. Vgl. hierzu die § 104 ff. B.G.B. über die Geschäftsfähigkeit; dann § 185 B.G.B.

[9] l. 16 D. 20. 1; Bayr. L.R. II. 6. 8 Nr. 2; Pr. L.R. I. 20. 72. B.G.B. § 85 Abs. 2; § 184.

[10] l. 5. Cod. 8. 16; Arndts § 871 Nr. 4; Bayr. L.R. II. 6. 8 Nr. 2; Pr. L.R. I. 20. 10. B.G.B. § 185 Abs. 2. A.M. für das gemeine Recht Windscheid § 230, b, der dem Pfandnehmer nur, wenn er in gutem Glauben war, ein Klagerecht gewähren will. Unsere Statuten haben sich, wie gezeigt, dieser Ansicht nicht angeschlossen.

[11] Windscheid § 230, 9; Arndts § 371 Nr. 4; Dernburg, Pf.R. I. 269, 18; Bayr. H.R. II. 6. 8 Nr. 3; Pr. L.R. I. 20. 76. Gemeinrechtlich wird von Manchen auf Grund der widersprechenden l. 41 D. 13. 7 das Gegentheil angenommen s. Dernburg, Pf.R. I. 269, 18 Nr. 3. Unsere Statuten entscheiden, wie gezeigt, für die angeführte Meinung.

[12] § 185 Abs. 2, §§ 1975 ff. B.G.B. — In den beiden letzten Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere mit einander nicht im Einklange stehende Verfügungen getroffen worden sind, immer nur die frühere Verfügung wirksam. § 185 Abs. 2 Satz 2 B.G.B.

[13] H.G.B. Art. 307.

[14] H.G.B. Art. 306; Goldschmidt, Handelsrecht § 86, 30 f.

[15] Stobbe, P.R. § 155, 24; Stobbe=Lehmann § 165, 39; Gengler, Lehrb. S. 248. Dieses Privilegium wird durch Art. 94 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. aufrecht erhalten.

gläubige Pfandnehmer, d. h. derjenige, dem nicht bekannt ist, daß die Sache dem Verpfänder nicht gehört, an der Sache, die dem Eigenthümer nicht gegen seinen Willen abhanden gekommen ist, ein vollgiltiges Pfandrecht, nur an Geld und Inhaberpapieren selbst dann, wenn sie dem Eigenthümer gegen seinen Willen abhanden gekommen sind [16]; wird die Sache von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes verpfändet, so entsteht nach Handelsrecht das Pfandrecht auch dann, wenn der gute Glaube sich nur auf die Befugniß des Verpfänders zur Verfügung über die Sache bezieht [17]. Anderseits gilt bei der Verpfändung von Inhaberpapieren, die dem Eigenthümer wider seinen Willen abhanden gekommen sind, an einen Kaufmann dessen guter Glaube als ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Verpfändung der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablaufe des Jahres der Veröffentlichung nicht mehr als ein Jahr verstrichen war, es sei denn, daß der Erwerber die Veröffentlichung in Folge besonderer Umstände weder kannte noch kennen mußte [18].

2. Das Mobiliarpfandrecht dient zur Sicherung einer Forderung und ist streng accessorisch [19]. Nicht erforderlich ist zur Entstehung, daß die Forderung bereits besteht; das Pfandrecht kann

---

[16] § 1207 B.G.B. (R.T.B. § 1190; II. E. 1116; I. E. § 1147): „Gehört die Sache nicht dem Verpfänder, so finden auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigenthums geltenden Vorschriften der §§ 932, 934, 935 entsprechende Anwendung." Das Nähere dieser Vorschriften s. oben § 160, 23 ff. M. I. Bd. III. S. 801. — Zu beachten ist jedoch auch die Vorschrift des § 1248 B.G.B.; über diese s. unten § 226.

[17] § 358 Hand.Ges. v. 1897. Das gesetzliche Pfandrecht des Commissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers genießt auch diesen erweiterten Schutz, gleichgiltig, ob der Schuldner Kaufmann ist: § 358 Abs. 3 a. a. O.

[18] § 359 Hand.G.B. v. 1897. Ausgenommen sind Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermine fällig werden, sowie die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Inhaberpapiere (z. B. Banknoten).

[19] Windscheid § 225, 1; Dernburg, Pr. P.R. I. § 355, 4. § 1204 B.G.B. (vgl. oben Nt. 1). Eine gewisse Ausnahme von der Accessorität enthält § 1256 B.G.B.

auch zur Sicherung einer bedingten oder künftigen Forderung bestellt werden[20]. Nicht erforderlich ist, daß die Forderung klagbar ist[21], wohl aber, daß sie gültig ist. Die Pfandbestellung für eine ungültige Forderung ist ungültig[22] und convalescirt auch nicht durch nachträgliches Gültigwerden der Forderung[23]; nur das Preußische Recht trifft die letztere Bestimmung[24]. Zuläßig ist die Pfandbestellung für eine fremde Schuld[25].

C. Entstehung.

Diese kann sein:

I. eine vertragsmäßige Bestellung. Der Bestellung kann ein Verpfändungsvertrag vorausgehen, welcher gemeinrechtlich keiner Form[26], nach Preußischem Rechte der schriftlichen Form nach allgemeinen Grundsätzen bedarf[27] und Anspruch auf Bestellung des Pfandrechts gewährt[28]. Zur Bestellung genügt die

---

[20] Windscheid § 225, 6. Gemeinrechtlich wird überwiegend angenommen, daß in diesem Falle das Pfandrecht erst mit der Forderung entstehe s. Windscheid § 225, 7, andererseits wird angenommen, daß das Pfandrecht sofort zur Existenz gelange Dernburg, Pf.R. I. § 69; Schott in Jhering Jahrb. XV. 1 und dieß ist ausgesprochen Pr. L.R. I. 20. 14; B.G.B. § 1204 Abs. 2. — Auf das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder einem indossablen Papiere findet § 1189 (Treuhänder) entsprechende Anwendung: § 1270 B.G.B.

[21] Windscheid § 225, 8; Dernburg, Pr. P.R. I. § 356, 7. Nach Pr. L.R. I. 20. 97. 98 ist der Empfänger befugt, die Sache bis zur Erstattung des Geleisteten zurückzuhalten.

[22] Dernburg, Pf.R. I. 540, 3; arg. § 1252 B.G.B.: „Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht."

[23] Unter Umständen kann indessen in der Pfandbestellung die Confirmation einer entkräftbaren Forderung durch den Pfandbesteller liegen Dernburg, Pf.R. I. § 74.

[24] Pr. L.R. I. 20. 12. 13; Förster Eccius § 192, 4; Dernburg, Pr. P.R. I. § 355, 6.

[25] l. 5 § 2 D. 20. 1; Windscheid § 225, 10; Pr. L.R. I. 20. 49. 56; Förster Eccius § 192, 20; arg. § 1204 B.G.B.

[26] Windscheid § 230, 1.

[27] Förster Eccius § 193, 13.

[28] Dernburg, Pr. P.R. I. § 354, 14.

Tradition[29]. Der reellen Uebergabe steht die traditio brevi manu[30] und, wo sie zuläßig ist, die symbolische Tradition[31] gleich. Dagegen reicht weder Besitzübertragung durch Constitutum possessorium[32] noch Vorbehalt eines Pfandrechts[33] zur Pfandbestellung hin. **Auch nach B.G.B. erfolgt die rechtsgeschäftliche Bestellung des Pfandrechts dadurch, daß der Eigenthümer die Sache dem Gläubiger übergiebt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll[34]. Die Uebergabe einer im mittelbaren Besitze[35] des Eigenthümers befindlichen Sache kann dadurch**

---

[29] Allgemein ist dieß durch die D. K.O. § 40 ausgesprochen, indem hier den Faustpfandgläubigern das Recht abgesonderter Befriedigung eingeräumt ist. Darüber, daß § 40 K.O. kein allgemeines Prinzip enthält, vgl. Becher § 95, 13. Daß Bestellung durch Tradition genügt, entspricht den Bestimmungen unserer Statuten Pr. L.R. I. 20. 94; Förster Eccius § 193, 14; Bayr. L.R. II. 6. 1; und ist für das kaufmännische Pfand durch H.G.B. Art. 309 anerkannt. Besondere Bestimmungen enthalten die Gesetze über gewerbsmäßige Pfandleihe, so das Preußische Gesetz 17/3 1881, dem eine Reihe von anderen nachgebildet sind s. Dernburg, Pr. P.R. I. § 360.

[30] Dernburg, Pr. P.R. I. § 354, 2.

[31] Vgl. über diese oben § 132, 75. Eine solche nimmt Dernburg, Pr. P.R. I. § 354, 8 folg. für die Verpfändung von Waaren und Frachtschiffen an und ersteres ist auch in dem R.G. über Darlehenskassen 21/7 1870 ausgesprochen. Vgl. Stobbe, P.R. § 155, 8 und 14.

[32] Dieses war gemeinrechtlich zweifellos genügend Dernburg, Pf.R. § 90, ist aber in den meisten Landesrechten für die Mobiliarverpfändung ausgeschlossen s. Goldschmidt, H.R. I. 611, 16 und 844, 14; Stobbe, P.R. § 155, 7; Stobbe-Lehmann § 165, 9; Roth, P.R. § 324, 28; Pr. L.R. I. 20. 105. Auch für das Bayrische Recht ist dieß anzunehmen, aber nicht etwa auf Grund des § 21, 1 der Prioritätsordnung, wie dieß früher vielfach geschah, vgl. Roth, B. C.R. I. Aufl. § 197, 49, 51, sondern wegen des in § 3 Hyp.Ges. enthaltenen Prinzips des Ausschlußes von Hypothekenrechten an Mobilien vgl. Becher § 96 Nr. 3; Regelsberger, H.R. § 11, 10. Auch aus der Bestimmung des E.G. zur D. K.O. § 14, daß Faustpfandrechte an beweglichen körperlichen Sachen nur bestehen, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt hat, kann dieß allgemein nicht angenommen werden. Gegen die Zuläßigkeit des const. poss. haben sich erklärt: Samml. I. 182; II. 473; Bl. XXXVIII. 44; XXXIX. 409; XII. 122; XII. 85; Regelsberger, Hyp.R. § 10, II.; Roth, D. Pr.R. § 324, 28; Becher § 96, 3; A.M. Bl. XXV. 1, 17, 279; XXVII. 405; E.B. I. 137.

[33] Pr. L.R. I. 20. 104. 105.

[34] B.G.B. § 1205 Abs. 1 Satz 1 (R.T.B. § 1888; II. E. § 1114; I. E. § 1147).

[35] Vgl. oben § 129, 10.

ersetzt werden, daß der Eigenthümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt [36]. Befindet sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers oder kann, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigenthümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen, so genügt an Stelle der Uebergabe der Sache die Einräumung des Mitbesitzes [37]. Ist endlich der Gläubiger schon im Besitze der Sache, so ist nur noch die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts erforderlich [38]. Ueber die geschehene Verpfändung wird dem Gläubiger nach preußischem Rechte ein Pfandschein ausgestellt [39]. Besondere Bestimmungen galten schon früher für die Verpfändung von Seeschiffen, indem der Uebergabe die Eintragung in das Schiffsregister oder die Uebergabe der mit dem beglaubigten Vermerke der Verpfändung versehenen Schiffsurkunde gleichgestellt ist [40]. Nach dem R.G. vom 15. Juni 1896 betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt [41], und dem B.G.B. ist allgemein zur Bestellung des Pfandrechts an einem in das Schiffsregister eingetragenen Schiffe [42] an Stelle der Uebergabe die Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister erforderlich [43]. Ist das Pfandrecht für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber zu bestellen, so genügt die Erklärung des Eigenthümers gegenüber der das Schiffsregister führenden Behörde und die Eintragung in das Schiffsregister [44]. In der Eintragung

---

[36] § 1205 Abs. 2 B.G.B.

[37] §§ 1206 (R.T.B. § 802; II. E. § 1115; I. E. § 1147), 866 B.G.B.

[38] § 1205 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.

[39] Pr. L.R. I. 20. 95. 96.

[40] E.G. zur K.O. § 14; vgl. Stobbe, P.R. § 155, 9; Stobbe-Lehmann § 165, 11; Dernburg, Pr. P.R. I. § 354, 10.

[41] § 131 dies. Ges.

[42] Art. 432 ff. Hand.Ges.B. v. 1861; R.G. v. 25. Okt. 1867 (B.G.Bl. S. 35); v. 28. Juni 1873 (R.G.Bl. S. 184); v. 15. April 1885 (R.G.Bl. S. 89); § 120 des R.G. über die Binnenschiffahrt v. 15. Juni 1896 (R.G.-Bl. S. 301).

[43] § 1260 Abs. 1 B.G.B. R.T.B. § 1243; II. E. § 1167; I. E. §§ 1196, 1198; M. I. Bd. III. S. 846, 848; D. S. 235. Die Vorschriften des § 873 Abs. 2 und des § 878 B.G.B. finden entsprechende Anwendung.

müssen die Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und der etwaige Zinssatz angegeben, sonst kann zur näheren Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden[45]. Besondere Bestimmungen gelten nach dem Handelsgesetzbuch in Ansehung der Bodmerei[46].

II. Gesetzliche Bestimmung. Das bayrische Recht kennt gesetzliche Pfandrechte nicht mehr, da die Generalpfandrechte aufgehoben sind[47] und Hypotheken an Mobilien als selbständigen Sachen nicht entstehen können[48]; die gesetzlichen Spezialpfandrechte hatten schon nach der Prioritätsordnung nur mehr die Bedeutung eines Vorzugsrechts im Concurse[49]; dieses Vorzugsrecht ist ihnen auch in der Reichsconcursordnung in der Gestalt eines Absonderungsrechts[50] und in der Zwangsvollstreckung durch Gewährung der Widerspruchsklage[51] erhalten. Dagegen hat schon das geltende deutsche Handelsgesetzbuch die gesetzlichen Pfandrechte wieder zugelassen[52]; auch verschiedene neuere Reichsgesetze haben solche aufgestellt[53] und das **B.G.B.**[54] sowie das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897[55] haben allgemein das gesetzliche Pfandrecht in der Gestalt und mit den Wirkungen eines Pfandrechts wieder eingeführt. Alle diese Gesetze weichen aber insofern von dem früheren Rechte des gesetzlichen Pfandrechts ab, als sie das Pfandrecht nur durch Vermittlung des Besitzes oder wenigstens eines gewissen räumlichen Herrschaftsverhältnisses zum Berechtigten entstehen und fortdauern

---

[44] § 1270, § 1188 Abs. 1 B.G.B. — § 818 B.G.B. findet entsprechende Anwendung.

[45] § 1260 Abs. 2 B.G.B. Aehnlich schon § 131 Abs. 3 des Ges. v. 15. Juni 1896.

[46] Hand.Ges.B. von 1861 Art 680 ff.; Hand.Ges.B. v. 1897 §§ 671 ff.

[47] Vgl. oben § 192, 84 ff.

[48] Vgl. oben § 200, 23.

[49] Prior.Ordn. § 21 Nr. 2—6; Gönner, Comm. I. 111.

[50] §§ 41, 40 R.K.O.

[51] § 710 R.C.P.O.; vgl. auch § 690 R.C.P.O.

[52] Vgl. unten Ziff. 2.

[53] Vgl. unten Ziff. 2.

[54] § 1257 B.G.B.: „Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft des Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung." Vgl. unten Ziff. 1.

[55] Vgl. unten Ziff. 2.

lassen[56] und damit den Publicitätsgedanken des Faustpfandrechts, soweit dieß im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich ist, auch beim gesetzlichen Pfandrechte zur Verwirklichung bringen. Endlich hat die Reichsconcursordnung einzelne Gläubiger, die kein gesetzliches Pfandrecht haben, doch wenigstens in Ansehung des Concurses den Faustpfandgläubigern gleichgestellt, freilich auch nur wieder unter der Voraussetzung, daß der Gegenstand des Absonderungsrechts im Gewahrsam des Berechtigten sich befindet[57].

1. Das B.G.B. kennt folgende gesetzliche Pfandrechte:

a. Der Vermiether oder Verpächter eines Grundstücks hat für seine Forderungen aus dem Miethsverhältniß ein Pfandrecht an den eingebrachten pfändbaren Sachen des Miethers, jedoch nicht für künftige Entschädigungsforderungen und für den auf eine spätere Zeit als das laufende und folgende Miethjahr, sowie einem pfändenden Gläubiger gegenüber auch nicht für den auf eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung treffenden Miethzins[58].

b. Der Verpächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks hat das gesetzliche Pfandrecht des gewöhnlichen Verpächters für den gesammten Pachtzins ohne zeitliche Beschränkung unter Erstreckung auf die Früchte des Grundstücks und auf die nach § 715 Nr. 5 R.C.P.O. unpfändbaren Sachen[59].

c. Der Pächter eines Grundstücks hat für seine Forderungen gegen den Verpächter, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen, ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken[60].

d. Der Unternehmer eines Werkes hat für seine Forderungen aus dem Werkvertrag ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen

---

[56] Vgl. die einzelnen Fälle unten Ziff. 2. Ausnahmen enthalten zum Theil nur die Ziff. 2 d und e.

[57] In Betracht kommen die Nr. 1, 6 und 8 (Zurückbehaltungsrecht) des § 41 R.K.O.

[58] §§ 559, 563, 581 B.G.B.

[59] § 585 B.G.B.

[60] § 590 B.G.B.

des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind [61].

e. Der Gastwirth hat für seine Forderungen für die dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährten Leistungen, einschließlich der Auslagen, ein Pfandrecht an den eingebrachten pfändbaren Sachen des Gastes, das jedoch gegenüber pfändenden Gläubigern nicht auf die Forderungen für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung geltend gemacht werden kann [62].

2. Nach dem Handelsgesetzbuche, dem Binnenschifffahrtsgesetze vom 15. Juni 1895 und dem Flößereigesetze vom 15. Juni 1895 haben ein gesetzliches Pfandrecht:

a. der Commissionär an dem in seinem Besitze befindlichen Commissionsgute wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verbindlichkeiten sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Commissionsgeschäften [63];

b. der Spediteur an dem in seinem Besitze befindlichen Gute wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen uud Verwendungen, sowie wegen der auf das Gut gegebenen Vorschüsse [64];

c. der Lagerhalter an dem in seinem Besitz befindlichen Gute wegen der Lagerkosten [65];

d. der Frachtführer an dem in seinem Besitze befindlichen Gute wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen sowie wegen der auf das Gut geleisteten Vorschüsse; das Pfandrecht dauert auch nach der Ablieferung des Gutes fort, sofern der Frachtführer es binnen 3 Tagen nach der Ablieferung gerichtlich geltend macht und das Gut noch im Besitze des Empfängers ist [66];

e. der Verfrachter eines Seeschiffes an den zurückbehaltenen oder hinterlegten Gütern wegen der Fracht nebst Nebengebühren,

---

[61] § 647 B.G.B.

[62] § 705 B.G.B.

[63] Hand.Ges.B. v. 1861 Art. 374, 375; v. 1897 § 389.

[64] Hand.Ges.B. v. 1861 Art. 382; v. 1897 § 402.

[65] Hand.Ges.B. v. 1897 § 412.

[66] Hand.Ges.B. v. 1861 Art. 409; v. 1897 §§ 432—435; § 26 des Binnenschiffahrtsges. v. 6/6 1895. **Koppel, das Pfandrecht und Retentionsrecht des Frachtführers, Würzburg 1896.**

Tagegeld und Auslagen; das Pfandrecht dauert auch nach der Ablieferung fort, sofern es binnen 30 Tagen nach der Beendigung der Ablieferung gerichtlich geltend gemacht wird und das Gut noch im Besitze des Empfängers ist [67];

f. der Verfrachter eines Seeschiffes und der Schiffseigner eines Binnenschiffes an den von dem Reisenden an Bord gebrachten Sachen wegen des Ueberfahrtsgeldes, solange die Sachen zurückbehalten oder hinterlegt sind [68];

g. der Bergende an den geborgenen oder geretteten Gegenständen wegen der Bergungs- und Hilfskosten [69];

h. der Schiffsgläubiger, dem das Schiff nicht schon durch Verbodmung verpfändet ist, an dem Schiffe und dem Zubehör des Schiffes sowie an der Bruttofracht derjenigen Reise, aus welcher seine Forderungen entstanden sind; die Schiffsbesatzung für ihre aus dem Dienst- und Heuervertrage herrührenden Forderungen auch an der Fracht früherer Reisen, sofern die verschiedenen Reisen unter denselben Dienst- und Heuervertrag fallen [70];

i. die in Folge von Haverei Vergütungsberechtigten an den beitragspflichtigen Gütern wegen des von diesen zu entrichtenden Betrags [71].

3. Die Reichsconcursordnung hat in Ansehung des Concurses mit Rücksicht auf das geltende Recht folgende Gläubiger den Faustpfandgläubigern gleichgestellt:

a. Die Reichskasse, die Staatskassen und Gemeinden sowie die Amts-, Kreis- und Provincialverbände wegen öffentlicher Abgaben in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen (R.C.O. § 41, 1).

b. Verpächter wegen des laufenden und des rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältniß in Ansehung der Früchte des Grundstücks und der eingebrachten

[67] Hand.Ges.B. v. 1861 Art. 624, 629, 630; v. 1897 § 615.

[68] Hand.Ges.B. v. 1861 Art. 675; v. 1897 § 666; § 77 Abs. 2 des Binnenschiffahrtsges. v. 6/6 1895.

[69] Hand.Ges.B. 1861 Art. 753; v. 1877 § 743; § 97 des Binnenschiffahrtsges. v. 6/6 1895; § 28 des Flößereiges. v. 6/6 1895.

[70] Hand.Ges.B. v. 1861 Art. 757 ff.; v. 1897 §§ 747 ff.; des Binnenschiffahrtsges. v. 6/6 1895.

[71] Hand.Ges.B. v. 1861 Art. 727; v. 1897 § 717; § 89 des Binnenschiffahrtsges. v. 6/6 1895.

Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden [72].

c. Pächter in Ansehung des in ihrem Gewahrsame befindlichen Inventars wegen der Forderungen für dieses (R.C.O. § 41, 3).

d. Vermiether wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Zinses sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethsverhältnisse, jedoch mit der Einschränkung, daß der Vermiether, soweit er eine solche Forderung in Folge einer Kündigung des Verwalters geltend machen kann, wegen dieser Forderung ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nicht zusteht, in Ansehung der eingebrachten Sachen, sofern die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden [73].

e. Gastwirthe wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirthung des Gastes in Ansehung der von diesem eingebrachten, von ihnen zurückbehaltenen Sachen [74].

f. Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten, noch in ihrem Gewahrsame befindlichen Sachen [75].

g. Diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrags ihrer Forderung aus der Verwendung der zurückgehaltenen Sache [76].

h. Denjenigen, denen nach dem Handelsgesetzbuch an gewissen Gegenständen ein Pfandrecht [77] oder Zurückbehaltungsrecht [78] zusteht, in Ansehung dieser Gegenstände (§ 41 Ziff. 8 R.K.O.).

Die neugestaltete Konkursordnung [78a] wird den durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrechten im Konkurs alle

[72] R.K.O. § 41, 2; vgl. Stobbe, P.R. § 181, 37; Stobbe-Lehmann § 165, 53; Förster Eccius § 136, 206; Dernburg, Pr. P.R. I. § 364.

[73] R.K.O. § 41, 4, in der Fassung des Ges. v. 9. Mai 1894; Stobbe, P.R. § 186 Nr. 9; Förster Eccius § 136, 206; Dernburg, Pr. P.R. I. § 364.

[74] R.K.O. § 41, 5; Stobbe, P.R. § 155, 33a; Dernburg, Pr. P.R. I. § 364, 2.

[75] R.K.O. § 41, 6; Förster Eccius § 138, 109.

[76] R.K.O. § 41, 7.

[77] Vgl. oben Nr. 2.

[78] Art. 313—315 Hand.Ges.B. v. 1861.

[78a] § 41 R.K.O. (Bund.R.Vorl.)

künftigen gesetzlichen Pfandrechte, also sowohl des B.G.B.[78b] **wie des neuen Hand.Ges.Buchs, sowie die in lit. a und g**[78c] **genannten Gläubiger und diejenigen, welchen nach dem Handelsgesetzbuch an gewissen Gegenständen ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, gleichstellen.**

III. Durch Mobiliarpfändung im Exekutionswege wird für den betreibenden Gläubiger ein Pfandrecht mit den Vorzügen eines Faustpfandrechts begründet[79].

IV. Durch Privatpfändung, wo diese zuläßig ist[80], wird ein Pfandrecht an den gepfändeten Mobilien begründet.

§ 226.

II. Inhalt.

I. Der Gläubiger hat Anspruch auf den Besitz der Sache und es stehen ihm die Besitzklagen zu[1]. **Nur das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe gewährt dem Gläubiger keinen Anspruch auf Besitz; daraus folgt, daß alle den Besitz des Gläubigers voraussetzenden Vorschriften auf dieses Pfandrecht keine Anwendung finden**[2].

Der Gläubiger hat gemeinrechtlich die dingliche Klage gegen jeden, der ihm die Sache vorenthält[3].

Nach Preußischem[4] Rechte steht aber dem Pfandgläubiger die Pfandklage gegen den dritten gutgläubigen Erwerber nur gegen Lösung zu. **Nach B.G.B. kann der Pfandgläubiger von jedem, der sein Recht beeinträchtigt, in entsprechender Anwendung**

[78b] Für das Pfandrecht des Vermiethers bestehen auch künftig gewisse Beschränkungen im Konkurse: § 41 Abs. 1 Nr. 2 R.O. Von dieser Nr. 2 werden die sämmtlichen in lit. b—f genannten Fälle umfaßt.

[78c] Vgl. dazu § 1000 B.G.B.

[79] R.C.P.O. § 709; § 41 Ziff. 9 R.K.O.; § 41 Abs. 1 Nr. 2 K.O. (B.R.B.); Dernburg, Pr. P.R. I. § 364a; Mandry, Inhalt § 35; Lang, Sachenrecht § 204.

[80] Vgl. oben § 64. Aufrechterhalten durch Art. 89 E.G. z. B.G.B.

[1] l. 1 § 15; l. 40 pr. D. 41. 2; l. 16 pr. D. 41. 3; Dernburg, Pf.R. II. 50; Bayr. L.R. II. 6. 22 Nr. 1; Pr. L.R. I. 20. 117. B.G.B. §§ 861 bis 863; vgl. auch §§ 868, 869 B.G.B.; dazu oben § 134.

[2] arg. § 1260; § 1266 B.G.B.; vgl. oben § 224, 11; § 225, 43.

[3] l. 16 § 3; l. 17 D. 20. 1.; Windscheid § 235, 1; Bayr. L.R. II. 6. 22 Nr. 2.

[4] Pr. L.R. I. 20. 119; Dernburg, Pr. P.R. I. § 357, 16.

der für die Ansprüche aus dem Eigenthume geltenden Vorschriften Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen [5].

II. Das Faustpfand haftet für die Hauptforderung in deren jeweiligem Bestand [6], soweit nicht gesetzlich ein Anderes bestimmt ist [7], und für alle damit verbundenen Nebenforderungen [8]. Gemeinrechtlich hat der Gläubiger ein Retentionsrecht nicht nur für die Pfandschuld, sondern auch für andere Forderungen, die ihm gegen den Schuldner zustehen [9]. Das preußische Recht, die Nürnberger Reformation und das **B.G.B.** schließen jedoch das Retentionsrecht für andere Forderungen [10] aus. Besteht das Pfandrecht an mehreren Sachen, so haftet jede für die ganze Forderung [11].

---

[5] §§ 1227, 985 ff., 1004 ff. B.G.B.; vgl. dazu oben § 163. Besonders beachtenswerth ist aber hierbei die Vorschrift des § 936 B.G.B. über den gutgläubigen Erwerb der Pfandsache, der regelmäßig das Erlöschen des Pfandrechts zur Folge hat (vgl. unten § 227, 15), und des § 1208 B.G.B.; vgl. über diesen unten Ziff. V.

[6] § 1210 Abs. 1 B.G.B.; R.T.B. § 1193; II. E. § 1120: I. E. § 1148, 1149.

[7] Z. B. § 559 Satz 2, § 581 Abs. 2 B.G.B.; vgl. oben § 225, 58.

[8] l. 8 § 5 D. 13. 7; Dernburg, Pf.R. § 76; Dernburg, Pr. P.R. I. § 355, 8; Laband in Goldschmidt Z. IX. 255, 7. Die Haftung erstreckt sich namentlich auf Zinsen, Verzugsfolgen, Aufwendungen und Prozeßkosten. § 1210 Abs. 1 B.G.B.: „insbesondere auch für Zinsen und Vertragsstrafen"; Abs. 2: „Das Pfand haftet für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen, für die ihm zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung, sowie für die Kosten des Pfandverkaufs."

[9] l. un. Cod. 8. 27; Windscheid § 234, 1. Dieß ist anerkannt Bayr. L.R. II. 6. 14 Nr. 2—4, wenn nichts anderes ausgemacht ist: „Hat erstgedachtes jus retentionis nicht nur um das nämliche debitum, wofür das Pfand ausgestellt ist, sondern auch um andere gegen den nämlichen debitorem habend-eigenrichtige Forderungen, ob sie schon mit der Pfandschuld selbst keine Connexion haben, allerdings Platz, welches jedoch auf den Fall limitirt wird, wenn ein anderes ausdrücklich bedungen ist, oder zu gleicher Zeit zweierlei Schulden contrahirt werden, und das Pfand nur für eine ausgestellt ist" und Mainzer L.R. XIX. 9: „Es kann auch der Creditor, wann ihm das schuldige Capital abgelegt worden, das in Handen habende Faustpfand wegen einem andern Capital, so ihm Debitor schuldig, zurückhalten bis dieses Capital sammt Interesse abgelegt wird."

[10] Pr. L.R. I. 20. 171. Nürnberger Reformation XX. 2, 1. §§ 1210, 1252 B.G.B. Nach H.G.B. v. 1861 Art. 313; H.G.B. v. 1897 § 361 haben Kaufleute ein Retentionsrecht wegen fälliger Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften.

III. Der Pfandgläubiger hat die Sache ordnungsmäßig zu verwahren und haftet für Mangel an Sorgfalt[12]. Der Pfandgläubiger ist nicht befugt, die Sache zu gebrauchen, wenn ihm dieses Recht nicht ausdrücklich eingeräumt ist[13]. Eine Ausnahme ist begründet bei fruchttragenden Sachen, bei welchen dem Gläubiger im Zweifel selbst die Verpflichtung des Gebrauchs obliegt, da er die Nutzungen ziehen muß[14], wobei der Ertrag nach Abzug der Kosten auf die Zinsen uud auf das Capital abzurechnen und der Ueberschuß nach Rechenschaftsablage an den Schuldner herauszugeben ist[15]. Der Gläubiger kann sich auch statt der Zinsen den Bezug der Früchte ausbedingen (Antichretischer Vertrag)[16].

---

[11] § 1222 B.G.B.; R.T.B. § 1215; II. E. § 1129; I. E. § 1150.

[12] l. 31 § 1 D. 13. 7; Dernburg, Pf.R. § 17. 28. Bayr. L.R. II. 6. 16 Nr. 3. B. G. B. §§ 1215, 688 ff., 276. Verletzt der Pfandgläubiger die Rechte des Verpfänders, so kann nach § 1217 B. G. B. Hinterlegung, Ablieferung an einen Verwahrer, unter Umständen Rückgabe des Pfandes gegen Befriedigung verlangt werden; letzteres auch bei Besorgniß einer Werthsminderung: § 1218 B.G.B. Umgekehrt kann der Pfandgläubiger bei drohender Werthsminderung zum Sicherungsverkaufe schreiten: §§ 1219—1221 B. G. B. — Bezüglich der Verwendungen gelten die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag: § 1216 B. G. B.

[13] § 6 Inst. 4. 1; Bayr. L.R. II. 6. 11 Nr. 1; Pr. L.R. I. 20. 123—128. Auch das B. G. B. räumt an sich kein Gebrauchsrecht ein, es kann aber dem Pfandgläubiger das Nutzungsrecht eingeräumt werden: § 1213 B. G. B. (R. T. B. § 1213; II. E. § 1122; I. E. § 1154).

[14] l. 1. 2. 3 Cod. 4. 24; Windscheid § 234, 3; Dernburg, Pf.R. § 88, 8; Kreittmayr, Anm. 1d zu Bayr. L.R. II. 6. 11; Pr. L.R. I. 20. 139; Dernburg, Pr. P.R. I. § 357, 8. B. G. B. § 1214 (R. T. B. § 1197; II. E. § 1123; I. E. § 1154): „wenn ihm die Sache zum Alleinbesitz übergeben ist."

[15] l. 1 Cod. 8. 28; Dernburg, Pf.R. § 88. 10; Bayr. L.R. II. 6. 11 Nr. 4; Pr. L.R. I. 20. 140; Dernburg, Pr. P.R. I. § 357, 11. § 1214 B. G. B.; abweichende Bestimmungen sind zuläßig: Abs. 3.

[16] Die Verabredung, daß die Beziehung der Nutzungen dem Gläubiger statt der Zinsen zukommen solle (Antichresis), war gemeinrechtlich zuläßig, aber den Bestimmungen über die Zinsverbote unterworfen, insofern dabei offenbarer Zinswucher vorliegt, l. 17 Cod. 4. 32; Windscheid § 234, 6. Auf dem gleichen Standpunkte steht Bayr. L.R. II. 6. 11 Nr. 5; Dinkelsbühl St. II. 10. 12; Arnold II. 325; Mainz L.R. XIX. 7; Würzburg V. 2/1 1697 und

IV. Gemeinrechtlich hat der Gläubiger das Recht der Afterverpfändung [17], was aber im preußischen Rechte von der Einwilligung des Eigenthümers abhängig gemacht ist [18].

V. Pfandrechtsrang nach B.G.B. Allgemeiner Grundsatz ist, daß für den Rang des Pfandrechts die Zeit der Bestellung maßgebend ist, auch wenn es für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt ist [18a]. Doch muß, wenn die Sache zur Zeit des Pfandrechtserwerbs schon mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, dieses Recht dem neuerworbenen Pfandrechte dann nachstehen, wenn dessen Pfandgläubiger in Ansehung des bereits an der Sache bestehenden Rechtes im guten Glauben ist [18b]. Auch hiervon bestehen indessen Ausnahmen:

1. Wenn die Pfandsache dem an ihr Berechtigten gegen seinen Willen abhanden gekommen ist, steht, sofern es sich nicht um Geld oder Inhaberpapiere handelt, das an der abhanden gekommenen Sache erworbene Pfandrecht den vor dem Abhandenkommen begründeten Rechten nach.

2. Hatte der neue Pfandgläubiger schon vor der Verpfändung den Besitz der Pfandsache erworben, so geht sein Pfandrecht nur dann vor, wenn er den Besitz vom Verpfänder erlangt hat.

3. Erfolgt die Verpfändung durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger, so steht das Pfandrecht dem Rechte des unmittelbaren Besitzers nach [18c].

Für den Rang der Pfandrechte an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe gelten die Vorschriften über die Rangordnung der Hypotheken [18d].

27/6 1726 M.S. I. 469 und 572. Nach Pr. L.R. I. 20. 227 war gerichtliche Abfassung des Vertrags nach vorgängiger gerichtlicher Prüfung vorgeschrieben. Diese Beschränkungen sind mit Aufhebung der Zinsverbote hinweggefallen und durch das Wuchergesetz 24/5 1880 nicht wieder ins Leben getreten Dernburg, Pr. P.R. I. § 339, 10. Vgl. über den antichretischen Vertrag oben § 309, 4 f. und im Allgemeinen Stobbe, P.R. § 108 Nr. 8; Stobbe-Lehmann § 165, 58. Für das B.G.B. vgl. § 1214 Abs. 3; oben Nt. 15.

[17] Dernburg, Pf.R. § 61, 18; Kreitmayr, Anm. 1a zu Bayr. L.R. II. 6. 12.

[18] Pr. L.R. I. 20. 127.

[18a] B.G.B. § 1209. R.T.B. § 1192; II. E. § 1118; I. E. § 1151.

[18b] § 1208 Satz 1 B.G.B. § 1191. R.T.B. § 1117; II. E. 1152 I. E.

[18c] § 1208 Satz 2 B.G.B.

[18d] § 1261 mit §§ 879—881, 1151 B.G.B.

VI. Der Gläubiger hat das Recht, zur Befriedigung seiner Forderung das Pfandobjekt in Anspruch zu nehmen und kann zum Zwecke des Verkaufs selbst dann die Herausgabe des Pfandes verlangen, wenn er nicht im Alleinbesitz ist, sofern nur seine Verkaufsberechtigung eingetreten ist [19]. Im Verhältnisse zu den übrigen Pfandgläubigern hat das Verkaufsrecht zunächst der vorstehende Pfandgläubiger; er ist nicht verpflichtet, einem nachstehenden Pfandgläubiger das Pfand zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben. Der nachstehende Pfandgläubiger hat im Verhältnisse zum vorstehenden Pfandgläubiger das Verkaufsrecht nur dann, wenn der vorstehende Pfandgläubiger nicht im Besitze des Pfandes ist und nicht selbst den Pfandverkauf betreibt [20]. Die Befriedigung aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf [21]. Auch vertragsmäßig kann nicht darauf verzichtet werden. Gemeinrechtlich hat die Vereinbarung, daß das Pfandobjekt nicht solle verkauft werden dürfen, nur die Bedeutung, daß die Anzeige des bevorstehenden Verkaufs dreimal wiederholt werden muß [22]; nach Preußischem Landrechte, daß der Gläubiger die Veräußerung des Pfandes erst beantragen kann, wenn der Schuldner in Concurs geräth [23]. Die Befriedigung erfolgt durch Verkauf der Sache. Unzuläßig ist die Vereinbarung, daß bei Nichtbefriedigung das Pfandobjekt dem Gläubiger verbleiben solle [24]; ebenso ist die Vereinbarung unzuläßig, daß in diesem Falle das Pfand-

---

[19] § 1232 B.G.B.; R.T.B. § 1215; II. E. § 1139; I. E. § 1166.

[20] § 1231 B.G.B.; R.T.B. § 1214; II. E. § 1138. Auf Verlangen des Verpfänders hat in diesem Falle an Stelle der Herausgabe die Ablieferung an einen gemeinschaftlichen Verwahrer zu erfolgen. Der Verwahrer hat sich bei der Ablieferung zu verpflichten, das Pfand zum Verkaufe bereit zu stellen.

[21] § 1228 Abs. 1 B.G.B. R.T.B. § 1211; II. E. § 1135; I. E. § 1165.

[22] l. 4 D. 13, 7; Windscheid § 237, 5. Die gleiche Bestimmung hat Bayr. L.R. II. 6. 12 Nr. 8.

[23] Pr. L.R. I. 20. 26. 27. Dieß tritt nur dann ein, wenn nach der Beschaffenheit des Pfandes der Vertrag nicht die Bedeutung haben kann, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus den Früchten des Pfandes zu suchen habe.

[24] l. 3 Cod. 8. 35; R.P.O. 1577 XX. 5; Windscheid § 238, 3; Bayr. L.R. II. 6. 18; Pr. L.R. I. 20. 33. Die Geltung dieser Bestimmungen ist durch die Aufhebung der Zinsbeschränkungen im R.G. 14/11 1867 nicht berührt, vgl. oben § 310, 20. A. M. Lang, Sachenrecht § 199, 16.

objekt zu einem im voraus bestimmten Preise dem Gläubiger verbleiben solle[25]. **Das B.G.B. erklärt nur die vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene derartige Vereinbarung für nichtig[26]. Unter mehreren Pfändern hat der Gläubiger das Wahlrecht, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist; doch kann er nur soviele Pfänder zum Verkaufe bringen, als zu seiner Befriedigung erforderlich sind.**

VII. Voraussetzung der Befriedigung. Die Befriedigung des Gläubigers durch Verkauf des Pfandes setzt Fälligkeit der Forderung und Nichtbefriedigung des Gläubigers voraus[27]. Bestritten ist, ob auch Verzug des Schuldners erforderlich sei[28]; **nach B.G.B. ist der Verkauf, wenn der geschuldete Gegenstand in Geld besteht, erst zuläßig, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist[29].**

VIII. Für den Pfandverkauf bestehen zwei Systeme:

1. Nach preußischem Rechte, den Dinkelsbühler Statuten und der Nürnberger Reformation ist der Zwangsverkauf im Wege des gerichtlichen Zwangsverfahrens einzuleiten, daher, soweit nicht ein vollstreckbarer Titel bereits vorliegt, dieser durch Klagestellung zu erwirken[30].

Die Versteigerung erfolgt dann durch einen vom Gläubiger zu wählenden Gerichtsvollzieher[31]. Der Gläubiger kann statt des

---

[25] Gemeinrechtlich nimmt man an, daß die Vereinbarung der Ueberlassung um einen im Voraus bestimmten Preis zuläßig sei Vangerow § 383 Anm. 2; Dernburg, Pf.R. II. 282; Erk. Dresden 7/3 1849 Sf. III. 12. Nach den Note 24 aufgeführten Statuten ist auch eine solche Vereinbarung als ausgeschlossen anzusehen.

[26] § 1229 B.G.B.; R.T.B. § 1212; II. E. § 1136; I. E. § 1167.

[27] l. 4 D. 20. 5; Windscheid § 237, 2. 3; Bayr. L.R. II. 6. 12 Nr. 3; Pr. L.R. I. 20. 25; B.G.B. § 1228 Abs. 2.

[28] Dieß bejahen: Dernburg, Pf.R. II. 122 und es ist angenommen Bayr. L.R. II. 6. 12 und D. H.G.B. Art. 313. Dagegen wird es verneint von Vangerow § 379 Anm. 3 und Windscheid § 237, 3.

[29] § 1228 Abs. 2 B.G.B.; §§ 280, 283, 286, 325 B.G.B.

[30] Pr. L.R. I. 20. 197—199 Dernburg, Pr. P.R. I. § 358, 4; Dinkelsbühl St. II. 10, 8; Arnold II. 324; Nürnberger Reformation XI. 1. 8.

[31] Vgl. hiezu §§ 87—89 der M.Bek. v. 30. Sept. 1879, die Ausführung der Zwangsvollstreckung und einiger anderer Geschäfte durch die Gerichtsvollzieher betr. (J.M.Bl. S. 1564. Die Versteigerung darf natürlich erst dann erfolgen, wenn das den Gläubiger zur Versteigerung ermächtigende Urtheil

Gerichtsvollziehers eine in der Gemeinde des Versteigerungsorts zur Vornahme von Versteigerungen aufgestellte, von der Obrigkeit in Pflicht genommene und zu gerichtlichen Versteigerungen ermächtigte Person oder, wenn es sich um Versteigerung von Waaren oder Handelspapieren handelt, einen in der Gemeinde zur Vermittelung von Kaufgeschäften über solche Gegenstände aufgestellten Handelsmäkler [32] oder, wenn der Werth der zu versteigernden Gegenstände mehr als eintausend Mark beträgt, einen Notar mit der Vornahme der Versteigerung betrauen. Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der zu versteigernden Sachen öffentlich bekannt zu machen [33].

2. Nach gemeinem Rechte und den sonstigen Statuten ist es Sache des Pfandgläubigers, den Pfandverkauf zu betreiben. Gemeinrechtlich hat der Gläubiger dem Schuldner Anzeige zu machen [34] und eine Wartezeit von zwei Jahren einzuhalten, nach deren Verlauf er zum Verkaufe schreiten kann [35]. Diese Bestimmungen haben sich aber unverändert nur vereinzelt erhalten [36], während nach anderen Statuten erst nach Anzeige und Verlauf einer gesetzlich be-

---

vollstreckbar ist. Die Vollstreckbarkeit hat der Gerichtsvollzieher zu prüfen (vgl. hiezu § 24 der cit. M.Bek.). Der Gerichtsvollzieher und der von ihm beigezogene Gehilfe oder Ausrufer dürfen nach instruktioneller Vorschrift (§ 87 Abs. 2 der cit. M.Bek. mit Art. 23 A.G. z. R.C.P.O.) weder persönlich noch durch Andere bieten; s. auch Böhm, A.G. S. 39. — Bei der Versteigerung hat der Gerichtsvollzieher im Wesentlichen nach den für die Versteigerung in der Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften zu verfahren (§ 87 Abs. 2 der cit. M.Bek.). — Vgl. hierher und zum Folgenden auch Becher § 65 lit. C Ziff. III. b. S. 468; § 68 lit. B Ziff. VI., 5 S. 486, 487.

[32] Vgl. Becher § 27 Ziff. III. S. 101—104.

[33] Art. 24 Abs. 3 A.G. z. R.C.P.O. mit § 717 Abs. 3 R.C.P.O.

[34] l. 3 § 1 Cod. 8. 34. Liegt ein richterliches Urtheil vor, so kann die Anzeige unterbleiben Dernburg, Pf.R. § 100, 4. Ist vertragsmäßig die Pfandveräußerung ausgeschlossen, so ist die Anzeige dreimal zu wiederholen, oben Note 21.

[35] Bestritten ist, ob bei dreimaliger Denunciation die Wartezeit von der ersten oder der letzten Denunciation zu laufen beginne; für ersteres Dernburg, Pf.R. II. § 100, 5 und die dort Angeführten, für letzteres Windscheid § 237, 7.

[36] Castell V. 1804 § 6 Arnold II. 290; Hohenlohe L.R. III. 15. 11 Arnold II. 480 jedoch mit Beseitigung der Wartezeit; Oettingen Judenordnung 1785 Art. 6 Arnold II. 522; Schwarzenberg, Judenordnung 1764 Arnold II. 633.

stimmten Wartezeit der Verkauf durch gerichtliche Versteigerung zuläßig ist [37].

Von diesen gesetzlichen Bestimmungen sind folgende Ausnahmen begründet:

1. Nach den Bestimmungen des D. H.G.B. von 1861 Art. 310, 311 kann bei schriftlicher Bestellung eines Faustpfandes unter Kaufleuten für eine Forderung aus beiderseitigen Handelsgeschäften der Gläubiger, im Falle des Art. 375 der Commissionär sich aus dem Pfande ohne Klage bezahlt machen, wenn der Schuldner im Verzug ist, wobei es nur einer Bewilligung des zuständigen Handelsgerichts bedarf, welche ertheilt wird, wenn ausreichende Bescheinigungsmittel beigebracht sind. Auch kann vertragsmäßig das gerichtliche Verfahren ausgeschlossen werden, in welchem Falle der Gläubiger das Pfand öffentlich verkaufen lassen kann [38]. In den Fällen des Art. 310 und 375 H.G.B. [39] wird der gerichtlich [40] verordnete Ver-

---

[37] Nach Bayr. L.R. II. 6. 12 Nr. 2 beträgt die Wartezeit für Mobilien 14 Tage und bei Abwesenheit des Schuldners drei Monate Roth, Bayr. L.R. II. 6. 12 Nr. 2: „Soviel aber das verpfändete Gut selbst belangt, mag zwar solches von ihm ebenfalls angegriffen und veräußert werden, jedoch 3° andergestalt nicht als unter folgenden Requisitis. Erstlich muß Debitor in mora solvendi sein. Zweitens soll man den in der Obligation vorgeschriebenen modum alienationis beobachten, und wenn dießfalls nichts pactirt ist, so soll man drittens terminum legalem a die morae erwarten. Hiernächst auch viertens dem Debitori die vorhabende Veräußerung verkünden, und endlich fünftens dieselbe durch den ordentlichen Richter auf Art und Weis, wie in Cod. jud. cap. 19. § 7 deutlich verordnet ist, vornehmen lassen. Wie und auf was Weis Debitor in mora solvendi constituirt werde, siehe oben Cap. 3 § 21 Nr. 3. Obverstandener Terminus legalis aber erstreckt sich 4° a die morae in Veräußerung liegender Pfandschaften auf ein Jahr, in fahrenden hingegen nur auf vierzehn Tage, oder wenn der Schuldner abwesend ist, auf drei Monat, es seie dann, daß das Pfand nur in Viehe oder Comestibilien bestehet, massen man hierin gegen Abwesende, wie gegen Anwesende, und zwar wenn es verpfändetes Viehe betrifft, nach drei Tagen verfahret. 5°. Soll obige Denunciation dem Debitori, wenn er anderst gegenwärtig ist, unter Augen oder wenigst bei seinem häuslichen Anwesen geschehen." Nach Verlauf der gemeinrechtlichen Wartefrist lassen folgende Statuten gerichtliche Versteigerung eintreten: Castell V. 1804 § 6 Arnold II. 290; Hohenlohe III. 15. 11 Arnold II. 480; Oettingen V. 1785 Art. 6 Arnold II. 522; Schwarzenberg V. 1764 Arnold II. 734; Regensburg V. 28/5 1736 Nr. 7 Sammlung 608; Fulda V. 1758 Weber III. 1003.

[38] Goldschmidt, H.R. § 90.

[39] Vgl. hieher auch Art. 387 d. allg. d. Hand.Ges.B. — Auf die Fälle

kauf des Pfandes nach dem Ermessen des Gerichts entweder im Wege öffentlicher Versteigerung oder, wenn die zu verkaufenden Gegenstände einen Börsen- oder Marktpreis haben, im Auftrage des Gerichts von einem Handelsmäkler vollzogen.

Hat der Verkauf im Wege öffentlicher Versteigerung stattzufinden, so gelten die gleichen Vorschriften wie unter lit. a.[41].

Eine vorgängige Abschätzung der zu verkaufenden Gegenstände findet nur dann statt, wenn es unter den Betheiligten vorher vereinbart war oder einer der Betheiligten es verlangt, in dem letzteren Falle auf Kosten des Antragstellers. Die zur Abschätzung erforderlichen Sachverständigen werden vom Gericht ernannt[42].

Im Falle des Verkaufs mittels öffentlicher Versteigerung hat das Gericht nach seinem Ermessen und nach Maßgabe der Umstände zu bestimmen, wie oft und in welchen öffentlichen Blättern der Verkauf bekannt zu machen sei und in welcher Zeit nach der Bekanntmachung der öffentliche Verkauf stattfinden dürfe[43].

Die Verkaufsgegenstände werden um das gelegte Meistgebot zugeschlagen, sofern nicht der Pfandgläubiger etwas anderes[44] beantragt. Nur wenn sie geschätzt sind oder einen Börsen- oder Marktpreis haben und das erzielte Meistgebot nicht drei Viertheile des Schätzungswerths oder Börsen- oder Markpreises erreicht, kann der Pfandschuldner den Zuschlag hindern. Dieses Recht muß jedoch

---

der Art. 311, 343, 348, 354 und 357 des allg. d. Hand.Ges.B. beziehen sich die nachfolgenden Bestimmungen nicht.

[40] Zuständig hier wie in allen Fällen, in denen im Folgenden vom Gerichte gesprochen wird, sind die Kammern für Handelssachen oder Civilkammern der Landgerichte: Art. 28 Abs. 2 und Art. 29 A.G. z. R.G.V.G. Das Gesuch um Anordnung des Verkaufs ist schriftlich oder mündlich zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu stellen (vgl. Becher § 68 lit. B Ziff. III. a S. 479; Böhm, A.G. S. 108).

[41] Art. 48 des E.G. z. allg. d. Hand.Ges.B. v. 10. Nov. 1861 mit Art. 76 Ziff. 4 A.G. z. R.C.P.O. Vgl. hierzu §§ 87, 89 der M.Bek. v. 30. Sept. 1879. Der beauftragte Gerichtsvollzieher hat sich von dem Auftraggeber die gerichtliche Anordnung des Verkaufs aushändigen zu lassen.

[42] Art. 49 des E.G. z. Hand.Ges.B. mit Art. 76 Ziff. 5 A.G. z. R.C.P.O. Ob eine Abschätzung stattgefunden hat, bestimmt gleichfalls das Gericht: § 87 Abs. 3 der cit. M.Bek.

[43] Art. 50 Abs. 1 des E.G. z. Hand.Ges.B.

[44] D. h. nochmalige Versteigerung oder Unterlassung einer solchen überhaupt; vgl. auch § 87 Abs. 3 der cit. M.Bek.

spätestens im Versteigerungstermine selbst vor dem Zuschlag und kann bei einer wiederholten Versteigerung nicht mehr ausgeübt werden [45]. Erfolgt gar kein Gebot, so kann der Gläubiger auch verlangen, daß ihm das Faustpfand, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, um den Schätzungswerth oder um den laufenden Börsen- oder Marktpreis überlassen werde [46].

Wird der Verkauf durch einen Handelsmäkler vollzogen, so hat sich die im Art. 310 des Handelsgesetzbuchs vorgeschriebene Benachrichtigung auch auf diesen Umstand zu erstrecken. Der Verkauf ist in diesem Falle zu dem laufenden Preise zu bewirken und von dem Ergebnisse dem Gericht Anzeige zu erstatten [47].

2. Die Privilegien der öffentlichen Privatleihanstalten, wodurch sie verfallene Pfänder ohne gerichtliches Verfahren dem öffentlichen Verkauf unterwerfen dürfen [48], sind unverändert erhalten.

3. Nach bayrischem und preußischem Landrecht ist Ausschließung des gerichtlichen Verkaufs durch Uebereinkunft der Interessenten [49] zuläßig.

Das B.G.B. schließt sich dem Principe des gemeinen Rechtes an. Es kennt folgende Arten des Pfandverkaufs;

a. Der Pfandgläubiger hat dem Eigenthümer den Verkauf vorher anzudrohen und dabei den Geldbetrag zu bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll; die Androhung kann erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgen und darf unterbleiben, wenn sie unthunlich ist. Der Verkauf darf nicht vor dem Ablauf eines Monats und, wenn die Verpfändung auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft ist, nicht vor dem Ablauf einer Woche nach der Androhung oder, falls diese unthunlich ist, nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgen [50]. Der Ver-

---

[45] Art. 50 Abs. 2 des Einf.G. z. Hand.Ges.B. Vgl. hierzu § 87 Abs. 3 der cit. M.Bek.

[46] Art. 50 Abs. 3 des E.G. z. Hand.Ges.B.

[47] Art. 51 des E.G. z. Hand.Ges.B.

[48] Stobbe, P.R. § 155, 52; Stobbe-Lehmann § 165, 79; Dernburg, Pr. P.R. I. § 358, 7—9; Preußen Pfandleihges. 17/3 1881 § 12; Reichsbankgesetz 14/3 1875 § 20.

[49] Pr. L.R. I. 20. 29. 32; Dernburg, Pr. P.R. I. § 358, 10; Bayr. L.R. II. 6. 12 Nr. 3; A. M. für letzteres Bl. XXXV. 169.

[50] § 1234 B.G.B.; R.T.B. § 1217; II. E. § 1141; I. E. § 1170.

kauf des Pfandes erfolgt im Wege öffentlicher Versteigerung [51]; nur wenn das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis hat [52] oder wenn bei Gold- oder Silbersachen Gebote unter dem Gold- oder Silberwerth erfolgen [53], kann er auch aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden oder einem den Gold- und Silberwerth erreichenden Preise erfolgen. Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes öffentlich bekannt zu machen [54]. Das Pfand darf nur mit der Bestimmung der Baarzahlung des Kaufpreises bei Vermeidung des Verlustes aller Rechte seitens des Käufers verkauft [55], Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter dem Gold- und Silberwerthe zugeschlagen werden [56]. Pfandgläubiger, Eigenthümer und Schuldner können bei der Versteigerung mitbieten [57]. Der Pfandgläubiger hat den Eigenthümer von dem Verkaufe des Pfandes und dem Ergebnisse, sofern thunlich, unverzüglich zu benachrichtigen [58].

b. Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigenthümer erlangt, so kann er den Verkauf auch nach den für den Verkauf

---

[51] § 1235 Abs. 1 B.G.B.; R.T.B. § 1218; II. E. § 1142; I. E. § 1171.

[52] § 1235 Abs. 2; § 1221 B.G.B.

[53] § 1240 Abs. 2 B.G.B.

[54] § 1237 B.G.B.; R.T.B. § 1220; II. E. § 1144; I. E. § 1171, 1172. Der Eigenthümer und Dritte, denen Rechte an dem Pfande zustehen, sind dann, wenn thunlich, besonders zu benachrichtigen.

[55] § 1238 B.G.B.; R.T.B. § 1221; II. E. § 1146; I. E. §§ 1173, 1175. Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung, so ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen; die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben unberührt. Unterbleibt die sofortige Entrichtung des Kaufpreises, so gilt das Gleiche, wenn nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung Gebrauch gemacht wird.

[56] § 1240 Abs. 1 B.G.B.; R.T.B. § 1223; II. E. § 1147; I. E. 1174.

[57] § 1239 B.G.B.; R.T.B. § 1222; II. E. § 1145; I. E. § 1173. Das Gebot des Eigenthümers darf jedoch zurückgewiesen werden, wenn der Betrag nicht baar erlegt wird, ebenso das des Schuldners, sofern das Pfand für eine fremde Schuld haftet.

[58] § 1241 B.G.B.; R.T.B. § 1224; II. E. § 1148; I. E. § 1179.

einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften (§§ 716 ff. R.C.P.O.) bewirken lassen[59].

c. Der Eigenthümer und der Pfandgläubiger unter Zustimmung desjenigen Dritten, dem ein durch die Veräußerung erlöschendes Recht an der Pfandsache zusteht, können eine abweichende Art des Pfandverkaufs vereinbaren; doch sind vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung Vereinbarungen unzuläßig, durch die auf den Verkauf im Wege öffentlicher Versteigerung, auf die öffentliche Bekanntmachung von Ort und Zeit der Versteigerung, auf den Zuschlag von Gold- oder Silbersachen um den Gold- oder Silberwerth verzichtet wird. Eine solche abweichende Art des Pfandverkaufs kann sogar jeder der Betheiligten verlangen und im Prozeßwege erzwingen, wenn sie nach billigem Ermessen den Interessen der Betheiligten entspricht[60].

d. Aus einem verpfändeten Schiffe und dem Zubehöre sowie aus einer verpfändeten Schiffspart kann der Pfandgläubiger Befriedigung nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften suchen[61].

Hinsichtlich der Wirkungen der Pfandveräußerung kommt es darauf an, ob die Veräußerung rechtmäßig war. Sie ist nicht rechtmäßig, wenn die Forderung noch nicht fällig oder noch nicht in eine Geldforderung übergegangen war, wenn aus mehreren Pfändern mehr als erforderlich veräußert worden sind, wenn der Pfandverkauf nicht im Wege öffentlicher Versteigerung oder falls das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis hat oder eine Gold- oder Silbersache ist, nicht in der hiefür besonders zugelassenen Art, wenn die öffentliche Bekanntmachung der Versteigerung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist[62].

Nur durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erlangt selbst der unredliche Erwerber, auch wenn er der Pfandgläubiger selbst ist, die gleichen Rechte, wie wenn er

---

[59] § 1233 Abs. 2 B.G.B.

[60] § 1245 B.G.B.; R.T.B. § 1228; II. E. § 1152; I. E. § 1177.

[61] § 1268 B.G.B.; R.T.B. § 1251; II. E. § 1175; I. E. § 1204.

[62] § 1243 B.G.B.; R.T.B. § 1226; II. E. § 1150; I. E. § 1181.

die Sache von dem Eigenthümer erworben hätte. Pfandrechte an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt waren; ebenso der Nießbrauch, es sei denn, daß er allen Pfandrechten im Range vorgeht[63]. Stand dem Veräußerer kein Pfandrecht zu oder ist die Veräußerung unrechtmäßig erfolgt, so finden auf den Erwerber die Vorschriften zu Gunsten Dritter, die den Erwerb von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung, wenn entweder die Veräußerung im Wege öffentlicher Versteigerung oder nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder bei Gold- und Silbersachen auch durch zuläßigen Verkauf aus freier Hand erfolgt ist[64]. Die rechtmäßige Veräußerung erzeugt Schadenersatzansprüche, wenn der Pfandgläubiger andere zwar für den Verkauf geltende, aber nicht die Unrechtmäßigkeit der Pfandveräußerung begründende Vorschriften schuldhaft verletzt[65].

Soweit der Erlös aus dem Pfande dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigenthümer berichtigt. Im Uebrigen tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes; an ihm bestehen die Rechte fort, die am bisherigen Pfande bestanden haben[66].

§ 227.

III. Beendigung.

Das Pfandrecht erlischt:

1. durch völligen Untergang des Pfandgegenstandes, welchem die völlige Umgestaltung gleichsteht[1];

2. durch Verzicht von seiten des Gläubigers. Dieser kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden. Als stillschweigender Verzicht ist die Rückgabe des Pfandes ohne Vorbehalt des Pfand-

---

[63] § 1242 B.G.B.; R.T.B. § 1225; II. E. § 1149; I. E. § 1180.

[64] § 1244 B.G.B.; R.T.B. § 1227; II. E. § 1151; I. E. § 1182.

[65] § 1243 Abs. 2 B.G.B.

[66] § 1247 B.G.B.; R.T.B. § 1230; II. E. § 1154; I. E. § 1183. Vgl. dazu auch die §§ 1238, 1239 B.G.B.

[1] l. 8 pr. D. 20. 6; Windscheid § 248, 7; Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 5; Pr. L.R. I. 20. 259. 261. Das B.G.B. hat ähnliche Vorschriften im § 949 und im § 950 Abs. 2 B.G.B.; vgl. oben § 150 nach Nt. 117; § 155, 17.

rechts anzusehen [2]. Noch weiter gehend bestimmen aber das preußische Landrecht und das **B.G.B.**, daß das Pfandrecht ohne Rücksicht auf einen etwaigen Verzicht durch Rückgabe der Pfandsache erlischt [3]. **Zur Aufhebung des Pfandrechts durch Rechtsgeschäfte genügt nach B.G.B. die Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigenthümer, daß er das Pfandrecht aufgebe; ist das Pfandrecht mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist die Zustimmung des Dritten erforderlich; sie ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt und ist unwiderruflich** [4];

3. mit völliger Tilgung der Forderung, für die es bestellt ist [5]. **Zur Befriedigung des Pfandgläubigers ist nach B.G.B. jeder Dritte, der durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Pfande verlieren würde, berechtigt, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist; soweit er den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung und das Pfandrecht auf ihn über (Ablösungsrecht)** [6];

4. mit dem Verkaufe der Pfandsache zur Befriedigung der Forderung [7];

---

[2] l. 7. 9 Cod. 8. 26; l. 3 D. 13. 7; Dernburg. Pf.R. § 169 Nr. 1; Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 2.

[3] Pr. L.R. I. 20. 253. 254; Dernburg, Pr. P.R, 1. § 359 Nr. 3. § 1253 B.G.B.; R.T.V. § 1236; II. E. § 1160; I. E. § 1191. Dieß gilt namentlich auch für das gesetzliche Pfandrecht. Der Vorbehalt der Fortdauer des Pfandrechts ist sogar unwirksam. § 1253 Abs. 2 B.G.B. enthält zu Gunsten des Eigenthümers oder Verpfänders die Vermuthung der Rückgabe, wenn sich das Pfand in ihrem Besitze befindet.

[4] § 1255 B.G.B.; R.T.V. § 1238; II. E. § 1162; I. E. § 1189.

[5] l. 48 D. 46. 3; Windscheid § 249 Nr. 1; Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 1; Pr. L.R. I. 20. 55; B.G.B. § 1252 (R.T.V. § 1235; II. E. § 1159 I. E. § 1192): „Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung für die es besteht." § 1254 (R.T.V. § 1237; II. E. § 1161; I. E. § 1192): „Steht dem Pfandrecht eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung des Pfandrechts dauernd ausgeschlossen wird, so kann der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes verlangen. Das gleiche Recht hat der Eigenthümer."

[6] § 1249 B.G.B. (R.T.V. § 1232; II. E. § 1156; I. E. § 1161—1164) mit § 268 Abs. 2, 3 B.G.B.

[7] l. 15 Cod. 8. 28; Windscheid § 249 Nr. 2; Bayr. L.R. II. 6. 17

5. mit Confusion, wenn sich Eigenthum und Pfandrecht in einer Person verbinden, soweit nicht ein Fall der hypothekarischen Succession vorliegt[8], **und nach B.G.B., solange nicht die Forderung mit dem Rechte eines Dritten belastet ist oder soweit nicht der Eigenthümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat**[9];

6. gemeinrechtlich und nach **B.G.B.** bewirkt der Eintritt einer Resolutivbedingung oder eines Endtermins das Erlöschen des Pfandrechts[10]. Abweichend davon bestimmt das Preußische Landrecht, daß die Beisetzung eines Endtermins durch den Schuldner bei Verpfändung seiner eigenen Sache nur die Bedeutung der Bestimmung eines Zahltermins hat[11], während die Beisetzung eines Endtermins durch den Eigenthümer, der ein Pfandrecht für eine fremde Schuld bestellt hat, zur Erlöschung des Pfandrechts mit Eintritt des Endtermins führt, wenn der Gläubiger nicht spätestens am dritten Tage nach Ablauf der Zeit aus dem Pfandrechte geklagt und das Verfahren ununterbrochen fortgesetzt hat[12];

7. das Pfandrecht geht durch Ersitzung der Pfandfreiheit unter, wenn ein Dritter das aus dem Besitze des Pfandgläubigers gekommene Objekt durch ordentliche oder außerordentliche Verjährung als pfandfrei ersessen hat[13];

8. nach Preußischem Landrechte geht das Pfandrecht durch dolose Abläugnung des Pfandbesitzes durch den Pfandgläubiger gegenüber der Klage des Pfandschuldners oder des vindicirenden Gläubigers unter[14];

Nr. 6. Dieß gilt auch nach Preuß. Landrechte Dernburg, Pr. P.R. I. § 359, 10. B.G.B. § 1242 Abs. 2; vgl. oben § 227, 63.

[8] Windscheid § 248 Nr. 4; Dernburg, Pr. P.R. I. § 359, 6; vgl. oben § 316.

[9] § 1256 B.G.B.; R.T.B. § 1239; II. E. § 1163; I. E. § 1193.

[10] l. 6 pr. D. 20. 6; Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 3; B.G.B. §§ 158, 163.

[11] Pr. L.R. I. 20. 57.

[12] Pr. L.R. I. 20. 56 und I. 14. 320.

[13] l. 8 pr. Cod. 7. 39; Windscheid § 248 Nr. 3; Müller, Pf.R. § 128; Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 8; Pr. L.R. I. 20. 243—247; Förster Eccius § 195, 16. Für das B.G.B. vgl. § 945: Voraussetzung ist hier, daß der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes in Ansehung des Pfandrechts im guten Glauben ist und sein Bestehen später nicht erfährt, also andauernde bona fides; auch muß in Ansehung des Pfandrechts die Ersitzungsfrist verstrichen sein.

[14] Pr. L.R. I. 20. 256.

9. durch Erwerb der Pfandsache im guten Glauben[15];

10. durch sonstigen rechtsvernichtenden Eigenthumserwerb, wie durch Eigenthumserwerb in Folge von Verbindung, Vermischung und Verarbeitung, sowie mittelst Fundes[15a];

11. nach B.G.B. durch Uebertragung der Forderung, wenn der Uebergang des Pfandrechts ausgeschlossen ist[16];

12. das Pfandrecht an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe nach B.G.B. auch im Wege des Aufgebotsverfahrens[17].

Titel III.

Pfandrecht an Vermögensrechten[1].

§ 228.

Gemeinrechtlich können alle Vermögensrechte, welche veräußerlich sind, auch verpfändet werden[1a]. Dieser Grundsatz ist auch in unseren Statuten angenommen und es können sonach sowohl dingliche als persönliche Rechte, bei welchen die erwähnte Voraussetzung zutrifft, verpfändet werden[2]. **Auch nach B.G.B. können nur übertragbare Rechte Gegenstand eines Pfandrechts sein**[3];

---

[15] Vgl. oben § 160, 16 ff.; besonders B.G.B. § 936. Für die in das Schiffsregister eingetragenen Schiffe vgl. § 1262 B.G.B.

[15a] §§ 949, 950 Abs. 2; § 973 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. Vgl. oben Nt. 1; § 151, 40.

[16] § 1250 Abs. 2 B.G.B. Nach B.G.B. geht an sich mit der Uebertragung der Forderung das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über; das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden: § 1250 Abs. 1 B.G.B. (R.T.V. § 1233; II. E. § 1157; I. E. §§ 1186, 1190).

[17] §§ 1269, 1270 mit 1888 Abs. 2 B.G.B.; R.T.V. § 1252; II. E. § 1176.

[1] Vgl. hierzu für das B.G.B. M. I. Bd. III. S. 851—869. D. S. 238 bis 240; Reatz S. 603—612; Bunsen II. §§ 67—69; Horn, pfandrechtliche Erörterungen im österr. Centr.Bl. f. d. jur. Pr. 15 S. 452—533; d. Not.-Zeit. 1896 S. 173—183; Stobbe-Lehmann § 173; v. Buchka § 33, XVII—XXI.

[1a] l. 9 § 1 D. 20. 1; vgl. über die Veräußerungsverbote hinsichtlich einzelner Forderungsrechte Mandry, Inhalt § 21. A.

[2] Zu diesen gehören auch die sog. absoluten Rechte wie das Autorrecht und das Patentrecht Dernburg, Pf.R. § 64.

[3] § 1273 Abs. 1; § 1274 Abs. 2 B.G.B.; §§ 1256, 1257; II. E. §§ 1180, 1181; I. E. R.T.V. §§ 1206, 1208. Nichtübertragbare Rechte s. in §§ 1059 (Nießbrauch), 1092 (beschränkt persönliche Dienstbarkeiten),

die Bestellung des Pfandrechts erfolgt nach den für die Uebertragung des Rechtes geltenden Vorschriften[4]; im Uebrigen gelten für das Pfandrecht an Rechten die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen, soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt[5]. Ist ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, Gegenstand des Pfandrechts, so finden auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die Vorschriften, welche im Falle der Uebertragung des Rechtes für das Rechtsverhältniß zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten, entsprechende Anwendung[6]. Die Aufhebung eines verpfändeten Rechtes sowie eine das Pfandrecht beeinträchtigende Aenderung des Rechtes kann durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers erfolgen; die Zustimmung ist demjenigen gegenüber zu erklären, zu dessen Gunsten sie erfolgt, oder bei dinglichen Rechten an Grundstücken dem Grundbuchamte gegenüber und ist unwiderruflich[7]. Die Befriedigung aus dem Pfande kann regelmäßig nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften erfolgen[8].

I. Dingliche Rechte. Abgesehen von den dinglichen Berechtigungen, welche den Immobilien gleichgeachtet werden und Gegenstand selbstständiger Hypothekenbestellung sein können[9], kommen als Gegenstand der Pfandbestellung in Betracht:

1. Der Nießbrauch. Gemeinrechtlich kann der Nießbrauch ver-

---

§ 1111 Abs. 2 (Reallasten); Art. 81 E.G. z. B.G.B. (Ansprüche der Beamten u. s. w.). Im Uebrigen ist es gleichgiltig, ob die Nichtübertragbarkeit auf Gesetz, Rechtsgeschäft oder richterliche Anordnung beruht.

[4] § 1274 Abs. 1 B.G.B. Ist zur Uebertragung des Rechtes die Uebergabe einer Sache erforderlich, so finden die Vorschriften der §§ 1205, 1206 B.G.B. Anwendung; vgl. über diese oben § 225, 34—37.

[5] § 1273 Abs. 2 B.G.B. Die Anwendung der §§ 1208 und 1213 Abs. 2 B.G.B. ist jedoch ausgeschlossen.

[6] § 1275 B.G.B.; R.T.B. § 1258; II. E. § 1182; I. E. § 1208.

[7] § 1276 B.G.B.; R.T.B. § 1259; II. E. § 1183; I. E. § 1213.

[8] § 1277 B.G.B.; R.T.B. § 1260; II. E. § 1184; I. E. § 1215. Die Vorschriften des § 1229 und 1245 Abs. 2 gelten jedoch Ausnahmen § 1882 B.G.B.

[9] Vgl. oben § 298; Sachsen B.G.B. § 495.

pfändet werden, wodurch der Pfandgläubiger die Befugniß erhält, ihn an der Stelle des Berechtigten auszuüben [10]. Dieß ist auch nach unseren Statuten anzunehmen [11], **nicht nach B.G.B.** [12].

2. Das Pfandrecht [13]. Das Pfandrecht kann in der Art verpfändet werden, daß der Pfandgläubiger die Befugniß erhält, das verpfändete Pfandrecht statt des ursprünglichen Pfandgläubigers auszuüben [14]. Gegenstand der Verpfändung ist gemeinrechtlich nicht die verpfändete Sache, sondern das auf ihr haftende Pfandrecht [15]. Der Pfandgläubiger erhält dadurch das Recht, die Forderung durch Verkauf des Pfandes zu realisiren und Zahlungsleistung durch den Pfandschuldner anzunehmen [16]. Das Preußische Recht unterscheidet die Afterverpfändung mit Genehmigung des ersten Verpfänders, welche ein Pfandrecht an der Sache begründet [17], und die ohne solche Genehmigung, durch welche ein Pfandrecht an dem Pfandrecht bestellt wird [18]. Nach **B.G.B.** kann ein Pfandrecht nur durch Verpfändung der Forderung, für die es besteht, mitverpfändet werden [19].

II. Forderungsrechte. Die Regel bildet, daß alle Forderungsrechte, welche veräußerlich sind, auch verpfändet werden können [20]. Mehrere Landesrechte gestatten die Verpfändung von Forderungsrechten nur, wenn eine Urkunde darüber ausgestellt ist [21]. Gemeinrechtlich ist diese Beschränkung nicht begründet und sie ist auch in unseren Statuten und im **B.G.B.** nicht anerkannt [22]. Hin-

---

[10] l. 11 § 2 D. 20. 1; Dernburg, Pf.R. § 62; Windscheid § 205, 4; vgl. oben § 274, 51.

[11] Förster Eccius § 192, 70.

[12] Vgl. oben Nt. 3.

[13] Vgl. Windscheid § 239, 13 und die dort angeführte Literatur.

[14] l. 13 § 2 D. 20. 1; l. 2 Cod. 8. 24.

[15] Gegen die früher herrschende Meinung, daß bei der Afterverpfändung die verpfändete Sache Gegenstand der Verpfändung sei, s. Sohm subpignus 62 f.; Windscheid § 239, 14.

[16] Windscheid § 239, 16.

[17] Pr. L.R. I. 20. 128—130; Förster Eccius § 192, 61.

[18] Pr. L.R. I. 20. 131—135; Förster Eccius § 192, 62.

[19] § 1274 Abs. 2, § 1250 B.G.B.

[20] Vgl. oben Note 1; Lang, Sachenrecht § 197, 6.

[21] Sachsen B.G.B. 502; Hannover Pf.G. § 50; Oldenburg Pf.G. Art. 26; Hessen Pf.G. Art. 171; Nassau Pf.G. § 41; C. civ. Art. 2075. 2076.

[22] Vgl. Pr. L.R. I. 20. 288. Samml. X. 25; XII. 166; XIII. 452;

sichtlich der Form der Verpfändung ist zwar in dem E.G. zu D. C.O. § 15 vorgeschrieben, daß Pfandrechte an Forderungen und anderen Vermögensrechten, welchen nach K.O. § 40 das Recht der abgesonderten Befriedigung zukommen soll, nur dann als Faustpfandrecht erachtet werden, wenn der Drittschuldner von der Verpfändung benachrichtigt ist, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der körperlichen Sache, welche den Gegenstand des Rechtes bildet oder der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellten Urkunde erlangt und behalten hat, oder wenn die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuch eingetragen ist. Dabei sollen aber die Vorschriften der Landesgesetze, welche mehrere der bezeichneten Erfordernisse oder andere Erfordernisse festsetzen, wie das preußische Landesrecht, das Uebergabe der Schuldurkunde und schriftliche Verpfändung verlangt [23], erhalten bleiben. Allein diese Vorschrift des E.G. z. R.K.O. hat nur concursrechtliche, nicht allgemeine Bedeutung.

Ein Pfandrecht an Forderungen kann ferner durch Zwangsvollstreckung in diese entstehen [24].

Vereinzelt finden sich auch gesetzliche Pfandrechte an Forderungen [25].

Ueber die rechtliche Bedeutung der Forderungsverpfändung herrscht Meinungsverschiedenheit. Die eine Classe legt ihr die Eigenschaft der Cession bei und zwar entweder einer bedingten Cession [26] oder einer beschränkten Cession [27] oder einer cooptirenden Cession [28]. Die andere

---

Bl. X. 37; XXV. 22; XXII. 97, 113; XXV. 234; XXXIV. 263; LVII. 8; Becher § 75, 24. A. M. Regelsberger, Hyp.R. § 11, 2; Bl. E. B. X. 50; Roth, D. P.R. § 327. II. — B. G. B. arg. § 1273 Abs. 1; § 1274 Abs. 2 § 1279.

[23] Pr. L.R. I. 20. 281 und V. 9/12 1809 § 1.

[24] D. C.Pr.O. §§ 729—754. Nessel, das Pfändungspfandrecht und der Interventionsprozeß nach preuß. Recht unter Berücksichtigung des gemeinen und rheinischen Rechtes, Berlin 1897; Fleischmann, das pignus in causa iudicati captum, Breslau 1896.

[25] Sie beziehen sich alle auf seerechtliche Forderungen Stobbe, P.R. § 155, 33.

[26] Dieß ist die Ansicht von Mühlenbruch, Cession 522 f., welche von Puchta, Seuffert, Vangerow u. a. getheilt wird, s. darüber Hellwig, Verpfändung von Forderungen § 2. Hiernach soll in der Verpfändung der Forderung eine Cession dieser für den Fall liegen, daß der Pfandgläubiger nicht befriedigt wird.

[27] Dieß ist die Ansicht von Dernburg, Pf.R. I. 462, dem sich Exner, Horn S. 474 u. a. anschließen; hier nach ist die Verpfändung der Forderung eine besondere

Classe sieht in der Verpfändung die Entstehung eines Rechtes am Forderungsrechte [29]. Die Wirkung der Verpfändung ist gemeinrechtlich und nach B.G.B., daß der Pfandgläubiger, wenn er nicht befriedigt wird, die verpfändete Forderung beitreiben darf [30]. Nach preußischem Landrechte dagegen ist der Gläubiger auf den Weg der Zwangsvollstreckung verwiesen [31].

Dem Pfandrecht an Forderungen ist nach B.G.B. auch das Pfandrecht an einer Grundschuld gleichgestellt [32].

III. Besondere Vorschriften enthält das B.G.B. noch über das Pfandrecht an Werthpapieren [33]. Besonders bemerkenswerth ist, daß das Pfandrecht an Inhaberpapieren den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen unterliegt und zur Verpfändung indossabler Papiere die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers nebst der Uebergabe des indossirten Papiers genügt.

Art der Cession, bei welcher die Befugnisse des Cessionars den Zwecken des Pfandrechts gemäß beschränkt sind, vgl. Hellwig, Verpfändung von Forderungen § 3.

[28] Diese zuerst von Hellwig, Verpfändung § 7 aufgestellte Definition sieht in der Verpfändung einer Forderung die Einräumung der Rechte eines Mitgläubigers durch den Verpfänder an den neuen Pfandgläubiger, so daß die Rechte beider concurrirend neben einander stehen.

[29] Dieß ist die Ansicht von Sohm, subpignus 42 f. und Bremer, Pf.R. 38, 207, der sich Windscheid § 239 Nr. 2 und Förster Eccius § 192, 45 anschließen. Vgl. darüber Hellwig, Verpfändung § 4.

[30] l. 18 pr. D. 13. 7; l. 20 D. 20. 1; Windscheid § 239, 10. Bestritten ist, ob der Gläubiger die Forderung statt sie beizutreiben verkaufen dürfe. Dieß bejahen Dernburg, Pf.R. I. 469 und Windscheid § 239, 9, während andere dieß verneinen, namentlich Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs 164. Vgl. dazu die §§ 1281 ff. B.G.B.

[31] Nach Pr. L.R. I. 20. 289 darf der Pfandgläubiger auf Einziehung der verpfändeten Forderung nur unter denselben Umständen antragen, unter welchen er die Veräußerung des Pfandes zu suchen berechtigt ist. Dieß wird von der Praxis mit Recht dahin ausgelegt, daß Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger gerichtliche Ueberweisung im Wege der Zwangsvollstreckung voraussetze, s. Dernburg, Pr. P.R. I. § 361, 11; Förster Eccius § 192, 46. Die entgegengesetzte Meinung, welche die gemeinrechtlichen Vorschriften auch für das Preußische Recht gelten lassen will, wird vertreten von Markus, Verpfändung 40 f.; Förster, Pr. P.R. § 192, 44.

[32] § 1291 B.G.B.

[33] §§ 1292—1296 B.G.B.; R.T.B. § 1275—1279; II. E. §§ 1197—1202; I. E. § 1225, 1226.

Caput 2.

Das dingliche Vorkaufsrecht [1].

§ 229.

Während nach römischem Rechte das Vorkaufsrecht (jus protimiseos), sowohl wenn es gesetzlich als wenn es vertragsmäßig begründet ist, nur obligatorisch gegen den Verkäufer wirkt [2], hat das Deutsche Recht ein dingliches Vorkaufsrecht (jus retractus, Näherecht) ausgebildet, welches gegen den Erwerber geltend gemacht werden kann und das auch in unseren Landesrechten Anerkennung gefunden hat. Es gelten für dieses folgende Grundsätze:

I. Begründung. Das dingliche Vorkaufsrecht beruht auf Gesetz oder Vertrag.

1. Das gesetzliche Vorkaufsrecht. Nach älterem Deutschen Rechte war der Eigenthümer in der Veräußerung von Immobilien vielfach beschränkt. Zunächst trat dieß in dem Verhältnisse des nächsten Erben zu dem Eigenthümer hervor, indem dieser die ohne seine Einwilligung vollzogene Veräußerung von Immobilien bei Eintritt des Beerbungsfalls anfechten konnte (Beispruchsrecht) [3].

Diese Beschränkung war ursprünglich weder allgemein für alle Stammesrechte begründet [4], noch erstreckte sie sich auf alle Immobilien [5].

---

[1] S. die Literatur bei Stobbe, P.R. § 89, 1; Stobbe-Lehmann § 119, 1. Vgl. Stobbe, P.R. § 87—90; Stobbe-Lehmann §§ 119, 120; Beseler, P.R. (4) § 93. 94; Förster Eccius § 189; Dernburg, Pr. P.R. 1 § 380, 381; Randa, Eigenthumsrecht § 8; Neubauer, Zusammenstellung 1880 133—144; v. Gerber-Cosack S. 310 ff.; Gengler, Pr.R. S. 167 ff.; Francken, Pr.R. S. 312 ff.; Roth, D. P.R. II. § 328; Becher § 158; §§ 1094—1104 B.G.B.; R.T.B. §§ 1077—1087; II. E. §§ 1003—1013; I. E. §§ 952—957; M. I. Bd. III. S. 452—457; Haidlen III. S. 308 bis 316; v. Buchka § 31, I—III; Bunsen §§ 42, 43.

[2] Windscheid § 388, 10. Der Berechtigte hat Anspruch darauf, daß der Verkäufer ihm das Objekt zum Verkauf anbiete, und bei Unterlassung dieser Verpflichtung Anspruch auf Schadensersatz. Das römischrechtliche Vorkaufsrecht, das auch in unseren neueren Landesrechten Anerkennung gefunden hat, ist im Obligationenrechte darzustellen.

[3] Stobbe, P.R. § 87, und § 90. I; Stobbe-Lehmann § 117; Beseler, P.R. (4) § 93a. Eine besondere Abhandlung ist Dahlmann de retractu legali speciatim gentilitio. Berlin 1869.

[4] Schröder, zur Geschichte des Warterechts Z. f. R.G. IX. 410—421 weist nach, daß das Beispruchsrecht der nächsten Erben bis zum 15. Jahrhun-

Nach der Zeit der Rechtsbücher schwächte sich das Beispruchsrecht zum Retrakt (Erblosung) ab, indem der nächste Erbe bei dessen Ausübung das ohne seine Einwilligung veräußerte Objekt von dem Erwerber einzulösen hatte, und es hat sich als solches bis in die neuere Zeit erhalten. Analog bildete sich der Retrakt auch für andere Verhältnisse aus, namentlich für lehenrechtliche [6] und gutsherrliche Verhältnisse [7], für die Beziehungen der in einer Feldmark angesessenen Grundbesitzer unter sich (Marklosung, Bürgerretrakt) [8], für das Eigenthum benachbarter Grundstücke (Nachbarlosung) [9], für die Bestandtheile eines getheilten, früher vereinigten Grundstücks (Theillosung, Gespilderecht) [10], für das Miteigenthum [11]. Alle diese verschiedenen Arten des Retrakts fanden sich auch in den bayrischen Statuten [12], sind aber durch die neuere Gesetzgebung beseitigt und

---

dert dem ripuarisch-fränkischen Rechte fremd war. Zunächst war es im altsächsischen Rechte ausgebildet, vgl. Stobbe, P.R. § 87, 7; Stobbe-Lehmann § 117, Ziff. 1, 4.

[5] Eine Beschränkung auf Erbgüter im Gegensatze zu wohlgewonnenen Gütern bildete sich namentlich in den Stadtrechten aus Stobbe, P.R. § 87, 38; Stobbe-Lehmann § 117, Ziff. III.; Beseler, P.R. (4) § 93, 6.

[6] Stobbe, P.R. § 124. VI.; Stobbe-Lehmann § 118. Das Retraktrecht stand nicht nur den Agnaten sondern auch dem Lehensherrn zu und wurde durch die Bewilligung der Veräußerung nicht ausgeschlossen.

[7] Der Retrakt des Gutsherrn war durchgängig mit dem Obereigenthume verbunden. Beseler, P.R. (4) § 93, 20; Stobbe, P.R. § 90. VI.; Stobbe-Lehmann § 120 Ziff. VI.

[8] Beseler, P.R. (4) § 93, 12; Stobbe, P.R. § 90. II. Stobbe-Lehmann § 120 Ziff. II. In den Städten wurde dieß Bürgerretrakt genannt.

[9] Stobbe, P.R. § 90. III.; Stobbe-Lehmann § 120 Ziff. III.; Beseler, P.R. (4) § 93, 14.

[10] Stobbe, P.R. § 90. IV.; Stobbe-Lehmann § 120 Ziff. IV.; Beseler, P.R. (4) § 93, 15.

[11] Stobbe, P.R. § 90. V.; Stobbe-Lehmann § 120, V.; Beseler, P.R. (4) 93, 16.

[12] Die gesetzlichen Bestimmungen sind folgende; Bayr. L.R. IV. 5; Salzburg, Einstandsordnung 31/12 1801 Zauner, Sammlung 285; F. Augsburg V. 10/3 1660 Weber IV. 25; Rettenberg, L.O. § 16; F. Kempten, V. 18/12 1641 und 17/6 1792 Sammlung 278 und 348; Kaufbeuren, Dekr. 1677 Weber IV. 584; St. Kempten St. VI. 21–24 Weber IV. 705; Lindau, Satz und Ordnung von denen Anstands- Zug- oder Näherrechten 27/1 1738; Bamberg, V. 5/2 1593 und 9/2 1800 Weber II. 829; Bayreuth, L. Const. VI. Arnold II. 211; Thurnau, V. 3/8 1775 Weber I. 1053; Eichstädt, V. 3/9 1750 und 29/4 1751 Arnold II. 387; Ansbach, Feuerordnung 22/9 1760

es ist hier nur ein Vorkaufsrecht des Theilhabers an einer Gemeinschaft bei Veräußerung des Antheils eines anderen Theilhabers an einen Fremden vorbehalten [13].

Die Geschichte der Entstehung dieser gesetzlichen Bestimmung läßt es als zweifelhaft erscheinen, ob dadurch das in einzelnen Rechtsgebieten noch bestehende Retraktrecht des Miteigenthümers aufrecht erhalten und weiter ausgedehnt oder ob dadurch unter Abschaffung der einzelnen Partikularrechte ein neues Vorkaufsrecht des Miteigenthümers habe eingeführt werden sollen [14]. Der ersteren Ansicht steht schon der Umstand entgegen, daß die bayrischen Statuten verschiedene unter sich abweichende Bestimmungen über das Einstandsrecht der Miteigenthümer enthalten und gar nicht abzusehen ist, welche von ihnen mit Beseitigung der anderen nach dieser Ansicht habe eingeführt werden sollen [15]; überdieß steht sowohl

---

Arnold II. 126; Hohenlohe, L.R. III. 5 Arnold II. 447; Pappenheim, V. 1738 Arnold II. 558; Schwarzenberg, V. 21/10 1715 Arnold II. 615; Nürnberg, Dekr. 13/9 1701 und 28/4 1702 Sammlung 555; Dinkelsbühl, St. I. 6 Arnold II. 313; Weißenburg Arnold II. 728; Mainz, L.R. XXIV; Fulda, V. 3/7 1753; Solms, L.O. II. 12; Erbach, U.G.O. XVII. Beck 104; Würzburg, V. 30/7 1750 M.S. II. 585; Schweinfurt, Sammlung 266; Pr. L.R. I. 20. 568—657. Das Preußische Edikt 9/10 1807, welches den größten Theil der landrechtlichen Bestimmungen aufhob, war für die Markgrafenthümer nicht mehr bestimmend.

[13] Landt.-Absch. 10/11 61. III. § 28, 2: „Alle Arten des gesetzlichen Retrakts- Näher- Anfall- Abtriebs- oder Zugrechts, sowie das Reunions- und Redintegrationsrecht sind aufgehoben.“ Nicht begriffen hierunter ist das auf letztem Willen oder Vertrag beruhende Vorkaufsrecht. Auch steht dem Theilhaber an einer Gemeinschaft bei Veräußerung des Antheils eines andern Theilhabers an einen Fremden das Vorkaufsrecht zu. Vgl. Völderndorff, Comment. in Dollmann, G.G. I. 3. 332 f. Das gesetzliche Vorkaufsrecht der Theilhaber einer Gemeinschaft, Z. f. R. III. 305. Ueber das Vorkaufsrecht der Theilhaber einer Gemeinschaft Z. f. R. V. 340.

[14] Der gesetzlichen Bestimmung des L.T.A. 10/11 61 liegt ein Antrag des Abgeordneten M. Barth zu Grund, auf welchen nach Vortrag des Abg. Arnheim Verh. 1861 Beil. V. 53 von der K. d. A. 17/6 1861 Aufhebung der Retraktrechte mit Ausnahme der bestehenden Vorkaufrechte der Miteigenthümer zu beantragen beschlossen wurde, Berichte I. 456 f., während die K. d. R.R. auf Vortrag des R.R. v. Bayer V. Beil. B. III. 290 diesen Vorbehalt auf ganz Bayern, also auch auf diejenigen Rechtsgebiete auszudehnen vorschlug, in welchen bisher ein gesetzliches Vorkaufsrecht nicht bestand, was sodann in dem dem Gesetze zu Grunde liegenden Gesammtbeschluß Verh. d. K. d. A. IV. 129 angenommen wurde.

[15] Nach Salzburg V. 31/12 1801 Zauner, Sammlung 285 steht das Ein-

der Wortlaut [16] als der Inhalt [17] des Gesetzes dieser Auffassung entgegen. Ebensowenig kann ich mich aber der Meinung anschließen, daß der Gesetzgeber einerseits die Erhaltung der Vorschriften der

standsrecht nur den Miteigenthümern unbeweglicher Sachen binnen 2 Monaten vom Kaufabschluß an zu und muß beim Mengekauf auf alle Gegenstände sich erstrecken. Nach F. Kempten V. 18/11 1641 Sammlung 278 steht den Gesellschaftern vor allen Verwandten, anderen Miteigenthümern nach den Verwandten ein binnen 4 Wochen geltend zu machendes Einstandsrecht an unbeweglichen Sachen zu. Nach St. Kempten St. VI. 21—25 Karrer 358 steht der Anfall den Theilnehmern eines Hauses oder Herberge und den Mitinhabern eines gemeinschaftlichen Gutes zu, mit Bevorzugung des Meistbetheiligten und der Männer vor den Weibern und zweijähriger Unverkäuflichkeit. Nach der Lindauer O. v. Näherrecht 27/1 1738 § 10 steht den Miteigenthümern eines Immobiles ein binnen 4 Wochen von der Protokollirung geltend zu machendes Zugrecht zu, das beim Mengekauf alle Gegenstände umfaßt, wobei der Retrahent eidlich bekräftigen muß, daß er den Abtrieb nicht zum Behufe der Weiterveräußerung ausübe. Nach der Bayreuther L.Const. VI. 5 Arnold II. 212 steht den Miteigenthümern an unbeweglichen und beweglichen Sachen ein binnen 3 Monaten von erlangter Wissenschaft an geltend zu machendes Retraktrecht zu. Nach Ansbach Feuerordnung 22/9 1760 Arnold II. 126 steht nur den Miteigenthümern von Häusern ein Einstandsrecht zu. Nach Hohenlohe, L.R. III. 5. 9, 10, 14, 18, 23 steht Miteigenthümern von Immobilien ein binnen 30 Tagen von der Kenntnißnahme geltend zu machendes Retraktrecht mit Bevorzugung des Meistbetheiligten und Befugniß der Ausscheidung der retraktpflichtigen Sachen beim Mengekaufe zu. Nach Pr. L.R. I. 20. 631 hat der Miteigenthümer ein Näherrecht nur an Immobilien und zwar nur dann, wenn ihm der Verkauf nicht in der durch das Gesetz bestimmten Weise notificirt worden ist, wobei dem Retrahenten beim Mengekauf Ausscheidung der belasteten Sache zusteht. Die Statuten von Weißenburg, Erbach und Schweinfurt, welche gleichfalls das Retraktrecht des Miteigenthümers kennen, geben keine näheren Bestimmungen. Die Vorschrift Dinkelsbühl, St. I. 6. 4 Arnold II. 314 kann nach meiner Ansicht nicht als ein Retraktrecht begründend angesehen werden. Die von Völderndorff, Comm., Dollmann, G.G. I. 3. 348 und dem Aufsatz in Z. f. Not. 1866 S. 306 ausgesprochene Meinung, daß hauptsächlich auf das Preußische Landrecht Rücksicht zu nehmen, dieses gleichsam als subsidiäres Recht anzusehen sei, entbehrt der Begründung, s. Z. f. Not. 1868 S. 328, 340.

[16] Der Wortlaut: „Auch steht dem Theilhaber . . . das Vorkaufsrecht zu" deutet nicht darauf hin, daß das bestehende Vorkaufsrecht erhalten werden sollte, er läßt vielmehr entnehmen, daß die Einführung eines neuen Rechtssatzes beabsichtigt war.

[17] Das Gesetz führt ein allgemeines, also auch auf Mobilien sich erstreckendes Retraktrecht ein und steht dadurch mit allen Note 11 aufgeführten Statuten mit Ausnahme der Bayreuther Landesconstitution in Widerspruch. Auch die dem Gesammtbeschlusse 25/10 1861. Verh. d. K. d. A. IV. 130 voran-

einzelnen Rechtsgebiete[18] und andererseits die Einführung eines davon zu unterscheidenden gemeinsamen Instituts in den übrigen Landestheilen, deren Gesetzgebung den Retrakte des Miteigenthümers bisher nicht kannte, beabsichtigt habe, da der Inhalt des Gesetzes die ersteren ganz zweifellos modificirt hat[19]. Soweit es möglich ist, aus den wenig umfassenden Mittheilungen über die Verhandlungen auf die Absicht des Gesetzgebers zu schließen, scheint vielmehr die Rücksicht auf die entsprechende Bestimmung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Bayern maßgebend gewesen zu sein[20].

Dem B.G.B. sind gesetzliche dingliche Vorkaufsrechte fremd[21].

II. Inhalt des gesetzlichen Vorkaufsrechts:

---

gehende Aeußerung des Referenten: „Der Ausschuß hat nicht geglaubt der Kammer der Reichsräthe entgegen treten zu müssen, weil der Antrag allerdings auf Billigkeit beruht, weil ferner gleiches Recht für alle Provinzen diesseits des Rheins geschaffen wird . . .“ spricht dafür, daß nach der Meinung des Referenten ein neues Rechtsinstitut in ganz Bayern eingeführt werden sollte.

[18] Von dieser Auffassung geht der O.G.H. aus, Bl. XXVIII. 171; XXX. 145; Bl. XXXI. 391; Bl. XXXV. 50; XXXVI. 119: XXXIX. 201; Erg.-Bd. I. 391, Samml. IV. 444; VII. 953; VIII. 254; XV. 503. In Blatt XXX. 145 ist gesagt: daß der Landtagsabschied von 1861 sich nur damit befaßt habe, das Retraktrecht auf engere Grenzen zurückzuführen, und nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes angenommen werden müsse, daß das Vorkaufsrecht eines Miteigenthümers da, wo solches nach den bestehenden Provinzialrechten bereits in Geltung gewesen sei, aufrecht erhalten, dagegen in jenen Landestheilen, wo solches nicht der Fall war, ebenfalls als statthaft erklärt worden sei. Zustimmend Becher § 158 Ziff. 1 Nt. 4.

[19] Nach dem Gesetz erstreckt sich das Vorkaufsrecht auf alle, also auch auf bewegliche Sachen, während die oben Note 12 aufgeführten Statuten mit Ausnahme des Bayreuther Rechtes es nur bei unbeweglichen Sachen zulassen.

[20] In dem Vortrage des R.R. v. Bayer, Verh.Beil. B. III. 291 ist Bezug darauf genommen, daß die vorgeschlagene Art des Vorkaufsrechts in dem Entwurfe II. 590 allgemein vorgeschrieben sei. Dort heißt es: „Im Falle des Verkaufs steht jedem der übrigen Theilhaber ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu, welches nach den Art. 384—388 zu beurtheilen ist.“

[21] B.G.B. 2034 (Vorkaufsrecht des Miterben) ist wohl kein dingliches Vorkaufsrecht. — Uebergangsbestimmungen enthalten die Art. 168, 184, 189 E.G. z. B.G.B. Die bei Beginn des 1. Januar 1900 bestehenden Vorkaufsrechte bleiben mit dem aus den bisherigen Gesetzen sich ergebenden Inhalt und Rang bestehen. Hinzuweisen ist noch besonders auf Art. 59 E.G. z. B.G.B., der die sachenrechtlichen Verhältnisse der Lehen, Familienfideicommisse und landwirthschaftlichen Erbgüter unberührt läßt.

1. Den Theilhabern[22] einer gemeinschaftlichen unbeweglichen oder beweglichen Sache[23] oder eines gemeinschaftlichen Rechtes[24], bezüglich deren die Veräußerung der einzelnen Antheile nicht an sich durch das Gesetz ausgeschlossen ist, steht bei Veräußerung an einen Fremden das gesetzliche Vorkaufsrecht zu. Dieses Recht wird von den einen auf ein obligatorisches Verhältniß zurückgeführt[25], von den anderen als ein dingliches Recht angesehen[26], ist aber richtiger als die durch das Gesetz dem Retrahenten eingeräumte Befugniß zu bezeichnen, das verkaufte Objekt oder Recht gegen Ersatz des Kaufpreises einseitig sich anzueignen[27].

2. Voraussetzung ist Veräußerung des gemeinschaftlichen Gegenstandes an einen Fremden. Gemeinrechtlich ist das Retraktrecht nur bei Verkauf begründet[28]. Dieß muß auch für das vorliegende Gesetz als geltende Regel angenommen werden, obwohl dieses den allgemeinen Ausdruck Veräußerung gebraucht; denn es erscheint als allgemeine Voraussetzung des Retraktrechts, daß es nur bei solchen onerosen Veräußerungen geltend gemacht werden kann, bei welchen sämmtliche Verpflichtungen des Erwerbers von dem Retrahenten übernommen werden können, da dieß die Voraussetzung der Ausübung ist[29].

Bei dem sog. Mengekaufe, d. h. wenn retraktpflichtige und nicht retraktpflichte Objekte unausgeschieden verkauft werden, kann der

---

[22] Vgl. hiezu Bl. XLV. 185; XLIV. 286.

[23] Nach dem Wortlaute des Gesetzes: „auch steht dem Theilhaber einer Gemeinschaft . . . das Vorkaufsrecht zu . ." ist die Beschränkung auf Immobilien, die bisher gemeinrechtlich und nach den meisten Statuten begründet war, nicht zuläßig, s. Völderndorff, Comm. 344, Becher § 157 Ziff. 1a.

[24] Dieß ist eine Consequenz des Note 18 ausgeführten, vgl. auch Z. f. N. 1866 S. 306.

[25] Die Vertheidiger dieser Ansicht zählt Gengler, Lehrbuch 385, 25 auf. Eine Beurtheilung dieser Auffassung s. bei Laband, Archiv LII. 152—160.

[26] Diese Meinung war bisher die am weitesten verbreitete, s. Gengler, Lehrbuch 385, 25. Ueber diese Ansicht vgl. Laband, Archiv LII. 162—165.

[27] Laband, A. f. C.Pr. LII. 189, der mit Recht das bei dem Retrakte vorliegende mit dem Rechtsverhältniß bei der Expropriation auf eine Linie stellt.

[28] Beseler, Pr.R. § 125, 21; Förster-Eccius, Pr. P.R. § 189, 32; Stobbe, Pr.R. II. 144, 145; Stobbe-Lehmann § 119, 14; v. Gerber, Pr.R. 314.

[29] Sf. XIII. 109; Samml. IX. 147; Bl. XLVI. 316; Ztschr. f. Not. 1866 S. 308; Stobbe, P.R. § 89, 13; Stobbe-Lehmann § 119, 14; Becher § 158 Ziff. 1b. Theilweise a. M. Völderndorff S. 348.

Retrahent Ausscheidung der retraktpflichtigen Objekte und der Preisbestimmung dafür verlangen [30]. Gegenüber der Zwangsenteignung [31] und Flurbereinigung [32], bei Veräußerung von Kuxen des älteren Bergrechts [33] und in der Subhastation [34] kann weder das gesetzliche, noch das vertragsmäßige Vorkaufsrecht ausgeübt werden.

3. Das Retraktrecht hindert an sich nicht den Uebergang des Eigenthums auf den Käufer. Nach früherem Rechte war mit dem Retraktrechte das Vorkaufsrecht häufig, aber nicht nothwendig verbunden in der Art, daß das erstere von dem Berechtigten nur geltend gemacht werden konnte, wenn der Eigenthümer die von ihm beabsichtigte Veräußerung dem Berechtigten anzuzeigen unterlassen hatte [35]. Als allgemeine Regel ist jetzt der Grundsatz anzunehmen, daß der Berechtigte, der auf die Anzeige von dem beabsichtigten Verkaufe die Ausübung des Vorkaufsrechts innerhalb einer Frist von Jahr und Tag unterlassen hat, als auf das Vorkaufsrecht verzichtend zu erachten ist [36]. Der Veräußerer ist aber zu einer Anzeige nicht verpflichtet [37].

---

[30] Sf. XV. 236; XVII. 81; Beseler, Pr.R. § 125, 22; v. Gerber 314; Stobbe, Pr.R. II. 146; Stobbe-Lehmann § 119, 21. Nach Preußischem Rechte ist die Frage bestritten, da die Bestimmung L.R. I. 20. 607 nicht klar ist. Förster-Eccius Pr. P.R. § 189, 37. Bl. XXVIII. 176; XXX. 145. Bl. *XXXII. 392. XXXV. 50 gehen von der Ansicht aus, daß nach Preußischem Rechte bei Mengekauf der Retrahent alle Kaufsobjekte übernehmen müsse. A. M. Förster Eccius § 189 Nt. 37 unter Anführung anderer abweichender Ansichten. Nach der oben gegebenen Ausführung halte ich indessen die Bestimmungen des Preußischen Landrechts in Bayern nicht mehr für anwendbar. Vgl. dazu Ztschr. f. Not. 1866 S. 308 und 1868 S. 340 ff.

[31] Henle, Comm. z. Ent.Ges. vom 10. Nov. 1837 S. 66 Ziff. 2; Becher § 158, 3.

[32] Becher § 158, 3.

[33] Art. 226, 227, 94 Berggeſ. v. 20. März 1869. Bei Veräußerung der Kuxen des neueren Rechtes ist dieß selbstverständlich.

[34] Art. 77 Subh.Ordn.

[35] S. die Ausführungen bei Stobbe, P.R. § 89, 51. 52, der § 89 Nr. 1 mit Recht hervorhebt, daß wenn auch nach früherem Rechte das Vorkaufsrecht nicht nothwendig mit dem Näherrechte verbunden war, die Geltendmachung des letzteren doch nothwendig ausgeschlossen werden mußte, wenn der Berechtigte, dem die Sache zum Vorkauf angeboten war, davon keinen Gebrauch gemacht hatte. Vgl. auch Stobbe-Lehmann § 119, 4, 5.

[36] Vgl. Roth, D. Pr.R. II. § 328 III. Aeltere Statuten ließen die Ausübung des Vorkaufsrechts auch dann zu, wenn der Berechtigte auf die Anzeige des Verpflichteten die Ausübung nicht ausdrücklich abgelehnt hatte Stobbe,

4. Hat der Eigenthümer die Veräußerung vorgenommen, ohne daß dem Berechtigten Gelegenheit gegeben worden ist, das Vorkaufsrecht auszuüben, so steht dem Letzteren das Recht zu, von dem Erwerber und jedem Dritten die Herausgabe des Objekts mit der Retraktsklage zu begehren. Ueber die Natur der letzteren herrscht Meinungsverschiedenheit. Während die einen einen dinglichen Anspruch annehmen [38], die anderen eine persönliche Klage gegeben glauben [39], geht eine dritte Ansicht dahin, es sei die dem Retrahenten eingeräumte Befugniß, das verkaufte Objekt gegen Ersatz des Kaufpreises sich anzueignen [40]. Die Retraktsklage geht auf Abtretung des veräußerten Objekts gegen Erfüllung aller Bedingungen, unter welchen es auf den Erwerber übergegangen ist [41], und Tragung sämmtlicher aus der Abtretung erwachsenden Kosten [42]. Die Ver-

---

P.R. § 89, 52, was Stobbe, P.R. § 89 nach Note 4 mit Recht als ungesunde Entwicklung bezeichnet; dem geltenden Rechte gehört diese Bestimmung nicht mehr an. Bezüglich des gemeinrechtlichen Termins von Jahr und Tag bestimmt Beseler, P.R. (4) § 94, 29; dagegen Becher § 158, 1 d und e.

[37] Ebenso Becher § 158, 1 d. A. M. Völderndorff S. 348.

[38] Beseler, P.R. (4) § 94. II. Stobbe-Lehmann § 119, 10 und die bei Stobbe, P.R. § 189, 9; Stobbe-Lehmann § 119, 10 Angeführten. v. Gerber, P.R. S. 311; Samml. I. 284; Ztschr. f. Not. 1866 S. 306. Dieser Auffassung schließen sich für das Preußische Recht an Förster Eccius § 189, 63 und Dernburg, Pr. P.R. I. § 381, 19.

[39] Eichhorn, P.R. § 103 d; Gerber, P.R. § 175, 3; Stobbe, P.R. § 189, 11; Gengler, P.R. S. 168; Becher § 158, 1 b und c. Nach dieser Ansicht wird der Anspruch mit einer actio in rem scripta verfolgt.

[40] Dieß ist die Auffassung von Laband, A. f. C.Pr. LII. 189, der das bei dem Retrakte vorliegende Verhältniß mit dem Rechtsverhältnisse bei der Expropriation auf eine Linie stellt. Für den gesetzlichen Retrakt scheint nur diese Construktion vollständig begründet zu sein. — Vgl. zur Streitfrage über die dingliche Wirkung auch Samml. VI. 150; IX. 147; Bl. XLI. 270.

[41] Stobbe, P.R. § 89, 26; Stobbe-Lehmann § 119 Ziff. 5, 6; Beseler, P.R. § 94, 25 folg.; Förster Eccius § 189, 69; Becher § 158, 1c; v. Gerber, P.R. S. 315; Ztschr. f. Not. 1866 S. 308. Hat eine Mehrheit von Verkäufen stattgefunden, so hat der Retrahent nur die bei dem ersten Verkaufe gestellten Bedingungen zu erfüllen Stobbe, P.R. § 89, 29. Nach Pr. L.R. I. 20. 636 hat der Kläger nur den von dem späteren Erwerber bezahlten Kaufpreis zu entrichten, wenn dieser niedriger ist als der bei dem ersten Verkauf entrichtete. — Die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Erwerbsgeschäfts kann dem Vorkaufsberechtigten nicht entgegengehalten werden: Samml. V. 398; Bl. XL. 252.

[42] Förster Eccius § 189, 70; Becher § 158, 1d; v. Gerber, P.R. S. 314, 315.

jährung der Retraktsklage richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen [43]. Die Ausübung des Vorkaufsrechts hindert alle weiteren Verfügungen des Erwerbers [44].

5. Das Vorkaufsrecht kann ein einmaliges oder fortdauerndes sein. Die gesetzlichen Vorkaufsrechte sind regelmäßig einmalige [45]; für die vertragsmäßigen entscheidet die Disposition. Das Vorkaufsrecht ist nicht abtretbar [46]. Ist es als Aktivrecht mit einem Immobile verbunden, so geht es mit diesem auf den neuen Erwerber über [47].

6. Das Vorkaufsrecht geht verloren durch Verzicht oder stillschweigende Einwilligung des Vorkaufsberechtigten in die Veräußerung, durch Nichtausübung innerhalb der Verjährungszeit, durch Rückerwerb des Antheils seitens des veräußernden Theilhabers oder eines anderen gleichberechtigten Theilhabers der Gemeinschaft vor Geltendmachung des Vorkaufsrechts, nicht aber durch den Tod des Retrahenten [48].

III. Das auf Disposition beruhende Vorkaufsrecht hat zunächst nur obligatorische Wirkung [49]. Indessen ist jedenfalls im Bayrischen Landrechte die Bestellung eines vertragsmäßigen Retraktrechts mit dinglicher Wirkung für zuläßig erklärt [50]. Ob dem Verkaufsrechte durch die Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirksamkeit beigelegt wird, ist bestritten. Es verdient die Meinung

---

[43] Dernburg, Pr. P.R. I. § 381, 14.

[44] Samml. V. 398; Bl. XL. 252.

[45] Dernburg, Pr. P.R. I. § 381, 10.

[46] Beseler, P.R. (4) § 94, 2; Stobbe, P.R. § 89, 39; Stobbe-Lehmann § 119 Ziff. 7; Dernburg, Pr. P.R. I. § 380, 15; v. Gerber, Pr.R. S. 314; Becher § 158 Nt. 8.

[47] Dernburg, Pr. P.R. I. § 380, 18.

[48] Stobbe, P.R. II. 152, 153; Stobbe-Lehmann § 119 Ziff. 8; v. Gerber, P.R. S. 315; Becher § 158, 1e.

[49] Daß nach älterem Deutschem Rechte der Retrakt mit dinglicher Wirkung vertragsmäßig bestellt werden konnte, ist zweifellos s. Stobbe, P.R. § 88, 5; Stobbe-Lehmann § 119, 7. Nach Reception des römischen Rechtes wurde indessen gemeinrechtlich das vertragsmäßige Vorkaufsrecht zu einem bloß obligatorischen und es wurde nur in einzelnen Partikularrechten der ältere Grundsatz erhalten vgl. Note 47.

[50] Bayr. L.R. IV. 5. 17 Nr. 4 legt dem vertragsmäßigen Retrakte dingliche Wirksamkeit bei, ohne daß, wie Kreittmayr, Anm. 3d hervorhebt, Hypothekenbestellung dazu erforderlich ist. Sf. XXXII. 43.

den Vorzug, welche der Eintragung in das Hypothekenbuch einen bestimmenden Einfluß auf die Natur des eingetragenen Rechtsverhältnisses nicht einräumt und daher mit der Eintragung in das Hypothekenbuch die dingliche Wirksamkeit des Vorkaufsrechts dann nicht gegeben erachtet, wenn nicht schon sonst dem Vorkaufsrechte dingliche Wirksamkeit zukommt[51]. Immer hat aber das mit dinglicher Wirksamkeit ausgestattete vertragsmäßige Vorkaufsrecht die gleiche Wirksamkeit wie das gesetzliche.

2. **Das B.G.B., welches nur ein vertragsmäßiges dingliches Vorkaufsrecht kennt, hat dieses in folgender Weise gestaltet:**

a. Gegenstand des Vorkaufsrechts kann nur ein Grundstück oder ein den Grundstücken gleichbehandeltes Recht sein[52]; der Bruchtheil eines Grundstücks nur dann, wenn er in dem Antheil eines Miteigenthümers besteht[53]. Das Vorkaufsrecht kann auch auf das Zubehör erstreckt werden, das mit dem Grundstücke verkauft wird; im Zweifel ist dieß anzunehmen[54].

b. Das Vorkaufsrecht entsteht durch dinglichen Vertrag und Eintragung in das Grundbuch nach Maßgabe der für die Rechte an Grundstücken geltenden Vorschriften[55].

c. Der Berechtigte kann entweder eine bestimmte Person oder der jeweilige Eigenthümer eines Grundstücks sein[56]. Ist der Berechtigte eine bestimmte Person, so ist das Recht unübertragbar, auch unvererblich, wenn es nicht ausdrücklich als vererblich bestellt ist, und kann auch nicht mit dem Eigenthum an einem Grundstücke verbunden werden. Ist der Berechtigte der jeweilige Eigenthümer eines Grundstücks, so kann es von dem Eigenthum an diesem Grundstücke nicht getrennt werden[57].

d. Inhalt. **Das Vorkaufsrecht gewährt die dingliche Befugniß, in einen vom Eigenthümer des belasteten Grund-**

---

[51] Vgl. Becher § 158, 16.

[52] §§ 1094^I, 1017 B.G.B.; Art. 63, 68 E.G. z. B.G.B.

[53] § 1095 B.G.B.

[54] § 1096 B.G.B.

[55] §§ 873, 874, 878 B.G.B.; vgl. oben § . . .

[56] § 1094 B.G.B.

[57] §§ 1098, 514, 1103 Abs. 2 B.G.B.

stücks abgeschlossenen Verkauf einzutreten und dadurch das Eigenthum an diesem Grundstücke zu erlangen[58]. In der Richtung gegen den verpflichteten Verkäufer beschränkt es sich auf den Fall des Verkaufs durch den Eigenthümer, dem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder dessen Erben; jedoch kann es auch für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt werden[59]; es erstreckt sich im Zweifel nicht auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt[60]. Das Vorkaufsrecht wirkt nur im Falle des freihändigen Verkaufs, auch wenn dieser vom Conkursverwalter betrieben wird, nicht im Falle der Zwangsversteigerung[61]. Steht das Vorkaufsrecht Mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden; ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die Uebrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht im Ganzen auszuüben[62]. Im Uebrigen kommen die Grundsätze des persönlichen Vorkaufsrechts zur Anwendung[63]. Dritten Erwerbern gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Uebertragung des Eigenthums[64]. Diese Wirkung tritt aber nur dann ein, wenn der Berechtigte das Vorkaufsrecht durch rechtzeitige Erklärung dem Verpflichteten gegenüber ausübt[65]. Ist dieß der Fall, so kommt zwischen dem Berechtigten als Käufer und dem Verpflichteten als Verkäufer der Kauf unter denjenigen Bestimmungen zu stande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten ver-

---

[58] §§ 1094 Abs. 1, § 1097 B.G.B.

[59] § 1097 B.G.B.

[60] §§ 1098 Abs. 1, § 511 B.G.B.

[61] § 1098 Abs. 1, § 512 B.G.B.

[62] §§ 1098 Abs. 1, § 513 B.G.B.

[63] § 1098 Abs. 1 mit §§ 504—510 B.G.B.

[64] § 1098 Abs. 2 B.G.B.

[65] § 505 Abs. 1, § 510 Abs. 2 B.G.B. Die Frist für die Ausübung beträgt 2 Monate vom Empfange der Mittheilung des Verkaufs an gerechnet. Die Mittheilung kann durch den Verpflichteten, dem sie gesetzlich obliegt, oder den neuen Eigenthümer erfolgen: § 510 Abs. 1, § 1099 Abs. 1 B.G.B.

einbart hat[66]. Der dritte Erwerber ist zur Rückgabe verpflichtet; der Verpflichtete hat ihn zu benachrichtigen, sobald die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt oder ausgeschlossen ist[67]; der dritte Erwerber kann aber, wenn er der Käufer oder der Rechtsnachfolger des Käufers ist, die Herausgabe des Grundstücks sowie die Zustimmung zur Eintragung des Vorkaufsberechtigten als Eigenthümers insolange verweigern, bis ihm der zwischen dem Verpflichteten und dem Käufer vereinbarte und schon berichtigte Kaufpreis erstattet wird. Aber auch wenn der Berechtigte die Eintragung als Eigenthümer erlangt, so kann der bisherige Eigenthümer von ihm gegen die Herausgabe des Grundstücks wenigstens die Erstattung des berichtigten Kaufpreises fordern[68]. Soweit hiernach der Vorkaufsberechtigte dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger den Kaufpreis zu erstatten hat, wird er von der Verpflichtung zur Zahlung des aus dem Vorkaufe geschuldeten Kaufpreises frei[69]. Verliert der Käufer oder sein Rechtsnachfolger in Folge der Geltendmachung des Vorkaufsrechts das Eigenthum, so wird zwar der Käufer, soweit der von ihm geschuldete Kaufpreis noch nicht berichtigt ist, von seiner Verpflichtung frei; den berichtigten Kaufpreis kann er aber nicht zurückfordern[70].

e. Für die Aenderung des Inhalts und Ranges sowie für die Endigung des Vorkaufsrechts gelten die allgemeinen Vorschriften für die Rechte an Grundstücken[71]. Der unbekannte Berechtigte eines nur für eine bestimmte Person bestellten Vorkaufsrechts kann unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen dieß bei einem Hypothekengläubiger möglich ist, mit seinem Rechte ausgeschlossen werden; mit der Erlassung des Ausschlußurtheils erlischt das Vorkaufsrecht[72].

---

[66] § 505 Abs. 2, §§ 506—509 B.G.B.

[67] § 1099 Abs. 2 B.G.B.

[68] § 1100 B.G.B.

[69] § 1101 B.G.B.

[70] § 1102 B.G.B.

[71] §§ 875 ff. B.G.B.

[72] § 1104 B.G.B.

Ergänzungen und Berichtigungen.

Auf S. 8 ist zu Note 1 zu ergänzen: Kohler, Beiträge zum Servitutenrecht im A. f. civ. Pr. 87 S. 157 ff.

Auf S. 33 ist zu Note 4 zu ergänzen: und für den Nießbrauch an beweglichen Sachen die §§ 949 und 950 Abs. 2; über diese s. oben § 150 nach Nt. 117; § 154, 117.

Auf S. 38 ist zu Nt 38 zu ergänzen: Anders verhält es sich, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuche zu Unrecht gelöscht ist; hier erlischt die Dienstbarkeit, sobald der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigenthümer auf Aufhebung der Löschung verjährt ist: § 901 B.G.B.

Auf S. 42 Zeile 2 v. o. ist anzufügen: Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache erlischt endlich nach B.G.B. zufolge rechtsvernichtenden Eigenthumserwerbes auch im Falle des fundrechtlichen Eigenthumserwerbes und im Falle der Ersitzung der dienenden Sache[62a].

[62a] § 972 Abs. 1 Satz 2; § 945 B.G.B.

Auf S. 46 schalte über „Die persönlichen Dienstbarkeiten" ein: Titel II.

Auf S. 81 sind in Nt. 129 der § 128 B.G B. und der Art. 141 E G. z. B.G.B. zu streichen.

Auf S. 89 schalte über „Die Grunddienstbarkeiten" ein: Titel III.

Auf S. 162 schalte über: „Die einzelnen Reallasten" ein: Titel II.

Auf S. 266 ist zu Nt. 45 zu ergänzen: Brettner, die Rentenschuld im B.G.B. und in seinen Nebengesetzen A. f. b. R. XIII. 308 ff.

Auf S. 273 Zeile 3 v. o. ist statt § 296 zu setzen § 198.

Auf S. 305 Zeile 6 v. u. ist nach dem Worte „kennt" einzuschalten „selbst".

Auf S. 307 Zeile 4 v. u. muß es statt „erstreckt" heißen „erstrecken".

Auf S. 308 in Note 9 ist statt „stehe" zu setzen „steht".

Roth, Paul <<von>>,

Bayrisches Civilrecht

Bd.: 2,2

1898